

Everhardt Franßen

Über bedingungsfeindliche
Verwaltungsakte

1968

1969



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555619_0014

ÜBER BEDINGUNGSFEINDLICHE VERWALTUNGSÄKTE

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms - Universität
zu Münster

vorgelegt von
Everhardt Franßen
aus Essen (Ruhr)

1969



1. Berichterstatter: Prof. Dr. Scupin
 2. Berichterstatter: Prof. Dr. Menger
- Dekan : Prof. Dr. Nörr
- Tag der mündlichen Prüfung: 18. Mai 1968

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil: Übersicht über den Stand der Lehre von der Bedingung im öf- fentlichen Recht

§ 1	I.	Die begriffliche Erfassung der Rechtsfigur der Bedingung in der Verwaltungsrechtswissenschaft	1
	1.	Die Übernahme des zivilrechtlichen Bedingungsbegriffs in das öffentliche Recht	2
	2.	Mißverständnisse bei der Einordnung der sogenannten Rechtsbedingung (condicio iuris)	4
	3.	Die von der h. L. abweichende Auffassung Otto Mayers	6
	4.	Die dogmatische, an zivilrechtlichen Vorstellungen orientierte Ausformung des Bedingungsbegriffs im öffentlichen Recht	7
§ 2	II.	Die Abgrenzung des Bedingungsbegriffs von Rechtsfiguren verwandter Art	10
	1.	Gegenüber der Auflage	10
	2.	Gegenüber der Beschränkung - Unklarheiten in der Rechtslehre	12
	3.	Gegenüber der Befristung	14
	4.	Gegenüber dem Widerrufsvorbehalt	15
	a	Die Auffassung des Widerrufsvorbehalts in der h. L. als eine besondere Art der auflösenden Bedingung	15
	b	Die gegen diese Ansicht sprechenden Argumente	16

Zweiter Teil: Übersicht über die bislang in der Rechtslehre angestellten Versuche, Kriterien für die Bedingungsfeindlichkeit von Verwaltungsakten zu finden - Kritik dieser Versuche

§ 3	I.	Aus dem "Wesen" der Bedingung bzw. des Verwaltungsakts hergeleitete Kriterien	18
	1.	Die Unterscheidung Kormanns zwischen rechtshandlungsmäßigen - grundsätzlich bedingungsfeindlichen - und rechts-geschäftlichen - grundsätzlich bedingungsfreundlichen - Verwaltungsakten	20
	2.	Die Anknüpfung an die Unterscheidung zwischen gebundenen Verwaltungsakten und Ermessensakten	22
§ 4	II.	Die vorgebliche Bedingungsfeindlichkeit feststellender Verwaltungsakte	28
§ 5	III.	Zusammenfassung	35

Dritter Teil: Die dogmatische Herleitung des Bedingungsbegriffs im öffentlichen Recht aus der Funktion und dem Zweck der Rechtsfigur des Verwaltungsakts

1. Abschnitt:	Die Abhängigkeit des Bedingungsbegriffs im Zivilrecht		
	I.	von der dogmatischen Erfassung des Rechtsgeschäfts-begriffes	37
§ 6	1.	Methodischer Exkurs zur dogmatischen Ausformung des Rechtsgeschäfts-begriffes ..	38
§ 7	2.	Die Theorie von den juristischen Tatsachen und ihre Bedeutung für das Verständnis der bedingten Willenserklärung	41
§ 8	3.	Die Auffassung der Willenserklärung als eines konkreten Gestaltungsaktes und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Einordnung des Bedingungs-begriffes ...	44

2. Abschnitt:	Der Verwaltungsakt als Instrument der Rechtsanwendung und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für das Verständnis des bedingten Verwaltungsaktes	53
II.		
§ 9	1. Zur Kennzeichnung des Verwaltungsaktes als öffentlich-rechtlicher Willenserklärung	54
§ 10	2. Die Herauslösung des Bedingungsbegriffs aus dem Vorgang der Rechtsanwendung vermittels der Lehre vom freien Ermessen	57
§ 11	3. Darstellung und Kritik der herrschenden Ermessenslehre	60
§ 12	4. Die Einordnung des Bedingungsbegriffes in den Vorgang der Rechtsanwendung und die daraus folgenden Erkenntnisse über die Struktur des bedingten Verwaltungsaktes	87
§ 13	5. Insbesondere: Zur Unterscheidung zwischen bedingten und beschränkten Verwaltungsakten	102
§ 14	6. Insbesondere: Zur Struktur eines unter "auflösender" Bedingung ergehenden Verwaltungsaktes	107

Vierter Teil: Die Bedingungsfeindlichkeit von Verwaltungsakten als Ausdruck spezifischer Normfunktionen

1. Abschnitt:	Die hinter der Frage nach der Bedingungsfeindlichkeit von Verwaltungsakten stehende spezifische rechtliche Problematik	111
I.		
§ 15	1. Allgemeine Grenzen des Einsatzes der Bedingung im Verwaltungsrecht	111
§ 16	2. Aus dem vorausgesetzten Bedingungsverständnis sich unmittelbar ergebende Folgerungen hinsichtlich der Bedingungsfeindlichkeit bestimmter Verwaltungsakte	113
§ 17	Aus dem vorausgesetzten Bedingungsverständnis hergeleitete	

		methodologische Konsequenzen für eine der Bedingungsfeind- lichkeit von Verwaltungsakten gewidmete Untersuchung	116
2. Abschnitt:		Arten bedingungsfeindlicher	
II.		Verwaltungsakte	119
§ 18	1.	Belastende Verwaltungsakte ..	119
§ 19	2.	Rechtsfeststellende und rechts- gestaltende Verwaltungsakte ..	132
§ 20	3.	Erlaubnisse und Genehmigungen, deren Erteilung an in der Per- son des Antragstellers liegen- de Voraussetzungen geknüpft ist (personalbezogene Erlaub- nisse und Genehmigungen)	149
§ 21	4.	Begünstigende Verwaltungsakte als Vollzugsakte in Anwendung von Rechtssätzen mit spezifi- scher Reaktionsfunktion	163

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s :

- Ackermann, Rüdiger Zur Problematik Bundesbaugesetz § 35 Abs. 2, DÖV 1964, 721 ff.
- Alt, Karl Das Verhältnis der öffentlichrechtlichen Bauerlaubnis zur privatrechtlichen Rechtsnachfolge in das Eigentum eines Baugrundstückes, Diss. jur. Göttingen 1925
- Andersen, Poul Ungültige Verwaltungsakte, Mannheim-Berlin-Leipzig 1927
- Antoniolli, Walter Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1954
- Apelt, Willibalt Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Leipzig 1920
- Arndts, Ludwig Lehrbuch der Pandekten, 5. Aufl. München 1865
- Asal, Karl Begründung und Freigabe von Schutzbereichen im Naturschutzrecht, DÖV 1963, 84 ff.
- Assfalg, Dieter Sind Auflagen und Bedingungen behördlicher Erlaubnisse selbständig anfechtbar?, BB 1967, 190 ff.
- Bachof, Otto Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Band I, 2. Aufl. Tübingen 1964
- Verfassungsrecht I -
Band II, Tübingen 1967
- Verfassungsrecht II -
- Bachof, Otto Die richterliche Kontrollfunktion im westdeutschen Verfassungsgefüge, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, S. 26 ff.
- Kontrollfunktion -
- Bachof, Otto Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, 97 ff.
- Bachof, Otto Der maßgebende Zeitpunkt für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten, JZ 1954, 416 ff.
- Badura, Peter Der mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt mit belastender Auflage, JuS 1964, 103 ff.
- Bäck, Walter - Egon
Hoffmann - Fritz Jan-
ssen - Bernhard Volmer Gewerbeordnung (Kommentar), Köln-Berlin-Bonn- München 1964
- Bähr, Peter Die maßgebliche Rechts- und Sachlage für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten, Köln-Berlin-Bonn-München 1967
- Becker, Erich Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14, 96 ff.

- Beinhardt, Gerd Das Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in seinem Verhältnis zur Eingriffs- und Leistungsverwaltung, DVBl 1961, 608 ff
- Bender, Bernd Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Freiburg i. B. 1956
- Bernatzik, Edmund Die Rechtskraft der Entscheidungen der Verwaltungsbehörden in: Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages, 2. Band (Gutachten), Berlin 1902, S. 32 ff
- Gutachten -
- Bernatzik, Edmund Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886
- Rechtsprechung -
- Beseler, Hans-Friedrich Die Rechtskraft der Verwaltungsakte, Diss. jur. Münster 1960
- Bettermann, Karl August Rechtssetzungsakt, Rechtssatz und Verwaltungsakt in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band II, München und Berlin 1965 S. 723 ff.
- Rechtssetzungsakt -
- Bettermann, Karl August Verwaltungsakt und Richterspruch in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 2. Aufl. München 1955, S. 361 ff.
- Verwaltungsakt -
- Bierling, Ernst Rudolf Juristische Prinzipienlehre, 2. Band, Freiburg i. B.-Leipzig-Tübingen 1898
- Binder, Julius Philosophie des Rechts, Berlin 1925
- Rechtsphilosophie -
- Binder, Julius System der Rechtsphilosophie, 2. vollkommen neu bearb. Auflage der "Philosophie des Rechts", Berlin 1937
- System -
- Blomeyer, Arwed Studien zur Bedingungslehre, Berlin und Leipzig 1939

- Boehmer, Gustav Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Zweites Buch, Erste Abteilung - Dogmenschichtliche Grundlagen des bürgerlichen Rechts, Tübingen 1951
- Grundlagen II 1 -
- Boehmer, Gustav Eintritt des Erben in pflichtbelastete Rechtslagen des Erblassers, JW 1938, 2634 ff.
- Bötticher, Eduard Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht in: Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, Band I, Tübingen 1963, S. 41 ff.
- Gestaltungsrecht -
- Bötticher, Eduard Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, Berlin 1930
- Kritische Beiträge -
- Bucher, Eugen Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965
- Bühler, Ottmar Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin-Stuttgart-Leipzig 1914
- Büchs, Heribert Die unter Nebenbestimmungen erteilte Ausnahmegewilligung nach der Handwerksordnung, BayVB1 1962, 240 ff.
- Bülow, Oskar Das Geständnisrecht, Freiburg i.B.-Leipzig-Tübingen 1899
- Geständnisrecht -
- Bülow, Oskar Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885
- Richteramt -
- Bullinger, Martin Zur Bestandskraft belastender Verwaltungsakte, JZ 1963, 466 ff.
- Burckhardt, Walther Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht in: Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Schweizerischen Bundesgerichts, Bern 1924, S. 1 ff.
- Vertrag -

- Burckhardt, Walther Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl. Zürich 1944
- Organisation -
- Burckhardt, Walther Das Recht als Tatsache und als Postulat in: Festgabe für Max Huber zum 60. Geburtstag, Zürich 1934, S. 75 ff.
- Recht als Tatsache -
- Burckhardt, Walther Methode und System des Rechts, Zürich 1936
- Methode -
- Coester, Robert Die Rechtskraft der Staatsakte, München und Leipzig 1927
- Coing, Helmut Zur Geschichte des Privatrechtssystems, Frankfurt a. M. 1962
- Privatrechtssystem -
- Czermak, Fritz Verwaltungsgerechtliche Nachprüfbarkeit der unbestimmten Rechtsbegriffe, NJW 1961, 1905 ff.
- Czermak, Fritz Zum gerichtsfreien Beurteilungsspielraum, JZ 1963, 276 ff.
- Dahmen, Alois Zur Rechtsnatur der Genehmigung kommunaler Abgabensatzungen in Nordrhein-Westfalen, DÖV 1967, 305 ff.
- Dennewitz, Bodo Verwaltung und Verwaltungsrecht, Wien 1944
- Dersch, Hermann Verwaltungsakte und sonstige öffentlich-rechtliche Rechtsgeschäfte in der Sozialversicherung, VerwArch 33, 99 ff.
- Drews, Bill und Gerhard Wacke Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl. Berlin-Köln-München-Bonn 1961
- Drost, Heinrich Das Ermessen des Strafrichters, Berlin 1930
- Dulckeit Gerhard Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht in: Festschrift für Fritz Schulz, Band I, Weimar 1951, S. 148 ff.
- Ehmke, Horst "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, Tübingen 1960
- Eisentraut, Hugo Bedingungen, Befristungen und Auflagen im preußischen Baupolizeirecht, Diss. jur. Gießen, Aschersleben 1925
- Engisch, Karl Einführung in das juristische Denken, 4. Aufl. Stuttgart 1968
- Einführung -
- Engisch, Karl Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Aufl. Heidelberg 1960
- Logische Studien -

- Engisch, Karl Die Idee der Konkretisierung
in Recht und Rechtswissenschaft
unserer Zeit, Heidelberg 1953
- Konkretisierung -
- Engisch, Karl Der rechtsfreie Raum, ZfgesStW
108, 385 ff.
- Enneccerus, Ludwig Rechtsgeschäft, Bedingung und An-
fangstermin, Marburg 1889
- Rechtsgeschäft -
- Enneccerus, Ludwig Recht der Schuldverhältnisse,
und Heinrich Lehmann 15. Aufl. Tübingen 1953
- Enneccerus, Ludwig und Allgemeiner Teil des bürgerli-
Hans Carl Nipperdey chen Rechts, 15. Aufl., I. Halb-
band Tübingen 1959; II. Halbband
Tübingen 1960
- EVwVerfG 1963 Musterentwurf eines Verwaltungs-
verfahrensgesetzes (EVwVerfG
1963), Köln und Berlin 1964,
- EVwVerfG -
- EWVRO Verwaltungsrechtsordnung für
Württemberg, Entwurf eines Ge-
setzes mit Begründung, Stutt-
gart 1931
- EWVRO Begründung -
- Ergänzungsband, Stuttgart 1936
- EWVRO Erg. -
- Eyermann, Erich Handwerksordnung (Kommentar), 2.
und Ludwig Fröhler Aufl. München und Berlin 1967
- HandwO -
- Eyermann, Erich Verwaltungsgerichtsordnung, 4.
und Ludwig Fröhler Aufl. München und Berlin 1965
- VwGO -
- Fabricius, Fritz Stillschweigen als Willenser-
klärung, JuS 1966, 1 ff.
- Fitting Über den Begriff der Bedingung,
AcP 39, 305 ff.
- Fleiner, Fritz Institutionen des Deutschen Ver-
waltungsrechts, 8. Aufl. Tübin-
gen 1928
- Floegel, Johannes Straßenverkehrsrecht (Kommentar),
und Fritz Hartung 17. Aufl. bearbeitet von Heinrich
Jagusch, München 1968

- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, 2. Band: Das Rechtsge-
schäft, Berlin-Heidelberg- New
York 1965
- Rechtsgeschäft -
- Flume, Werner Rechtsgeschäft und Privatautono-
mie in: Hundert Jahre Deutsches
Rechtsleben, Festschrift zum hun-
dertjährigen Bestehen des Deut-
schen Juristentages 1860 - 1960,
Band I, Karlsruhe 1960, S. 135 ff.
- Privatautonomie -
- Flume, Werner Das Rechtsgeschäft und das recht-
lich relevante Verhalten, AcP
161, 52 ff.
- Flume, Werner Steuerwesen und Rechtsordnung in:
Rechtsprobleme in Staat und Kir-
che, Festschrift für Rudolf Smend
zum 70. Geburtstag, Göttingen
1952, S. 59 ff.
- Steuerwesen und Rechtsordnung -
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
Allgemeiner Teil, 9. Aufl. München
und Berlin 1966
- Lehrbuch -
- Forsthoff, Ernst Zur Rechtsfindungslehre im 19.
Jahrhundert, ZfgesStW 96, 49 ff.
- Forsthoff, Ernst Über Maßnahmegesetze in: Forschun-
gen und Berichte aus dem öffentli-
chen Recht, Gedächtnisschrift für
Walter Jellinek, 2. Auflage Mün-
chen 1955, S. 221 ff.
- Maßnahmegesetze -
- Friauf, Karl Heinrich Das Verbot mit Erlaubnisvorbe-
halt, JuS 1962, 422
- Friedrichs, Karl Der allgemeine Teil des Rechts,
Leipzig und Berlin 1927
- Gelzer, Konrad Das neue Bauplanungsrecht, Köln
1964
- Bauplanungsrecht -
- Gelzer, Konrad Zur öffentlich - rechtlichen
Nachbarklage, DÖV 1965, 793 ff.
- Gerber, Hans Die Grundsätze eines allgemeinen
Teils des öffentlichen Rechts in
der jüngsten Rechtsprechung des
preußischen Oberverwaltungsge-
richts, VerwArch 36, 1 ff.
- Giacometti, Zaccaria Allgemeine Lehren des rechtsstaat-
lichen Verwaltungsrechts, 1. Band,
Zürich 1960

- Giese, Friedrich Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Tübingen 1952
- Gierth, Karl Vom Sachbescheidungsinteresse, DVBl 1967, 848 ff.
- Gönnewein, Otto Gemeinderecht, Tübingen 1963
- Gutzwiller, Max Über Gegenwart und Zukunft der Privatrechtswissenschaft, Tübingen 1927
- Haenel, Albert Das Gesetz im formellen und materiellen Sinn in: Studien zum Deutschen Staatsrechte, II. Band, Leipzig 1888, S. 97 ff.
- Hangartner, Yvo Widerruf und Änderung von Verwaltungsakten aus nachträglich eingetretenen Gründen, Zürich und St. Gallen 1959
- Hartmann, Karl und Franz Philipp Handwerksrecht, Handwerksordnung (Kommentar), Darmstadt und Berlin 1954
- Haselau, Klaus Stellt eine Erlaubnis oder Ausnahmebewilligung "lediglich natürliche" Handlungsfreiheit wieder her?, DÖV 1965, 449 ff.
- Hatschek, Julius und Paul Kurtzig Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 7. und 8. Aufl. Leipzig 1931
- Haueisen, Fritz Der Widerruf fehlerfreier Verwaltungsakte, NJW 1955, 1457 ff.
- Haueisen, Fritz Verwaltungsakte mit Dauerwirkung, NJW 1958, 1065 ff.
- Hauser, Arnold Über den Ersatzanspruch aus amtspflichtmäßigen rechtswidrigen Staatsakten, Diss. jur. Zürich 1934
- Heike, Herwart Die Evidenztheorie als heute maßgebliche Lehre vom nichtigen Verwaltungsakt, DÖV 1962, 416 ff.
- Heitzer, Sebastian und Ernst Oestreich Bundesbaugesetz (Kommentar), 2. Aufl. Berlin 1965
- Herrnritt, Rudolf H. Grundlehren des Verwaltungsrechtes, Tübingen 1921
- Heyland, Carl Deutsches Beamtenrecht, Berlin 1938
- Hippel, Ernst von Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts, 2. Aufl. Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
- Untersuchungen -
- Hippel, Ernst von Einführung in die Rechtstheorie, Bonn 1947
- Einführung -
- Hippel, Fritz von Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen 1936
- Privatautonomie -

- | | |
|--------------------|--|
| Hofacker, W. | Verwaltungsrechtsordnung für
Württemberg, Entwurf eines Ge-
setzes mit Begründung, Stutt-
gart 1931 |
| Höhn, Rudolf | Der rechtsbeweisende Verwal-
tungsakt und seine Mängel, Diss.
jur. Würzburg, Mellrichstadt
1936 |
| Hottinger, Markus | Die Baubedingung, Diss. jur.
Zürich 1941 |
| Huber, Hans Rudolf | Verwaltungsrechtliche Auflagen
und Bedingungen und ihr Zusam-
menhang mit dem Hauptinhalt von
günstigen Verwaltungsakten,
Diss. jur. Affoltern 1955 |
| Huber, Konrad | Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz,
Berlin 1963 |
| Hübner, Heinz | Zurechnung statt Fiktion einer
Willenserklärung in: Festschrift
für Hans Carl Nipperdey zum 70.
Geburtstag, I. Band, München
und Berlin 1965, S. 373 ff. |
| Husserl, Gerhart | Rechtskraft und Rechtsgeltung,
Berlin 1925 |
| Imboden, Max | Das Gesetz als Garantie rechts-
staatlicher Verwaltung, Basel
und Stuttgart 1954
- Gesetz - |
| Imboden, Max | Der nichtige Staatsakt, Zürich
1944
- Nichtiger Staatsakt - |
| Ipsen, Hans-Peter | Widerruf gültiger Verwaltungs-
akte, Hamburg 1932 |
| Jellinek, Georg | System der subjektiven öffent-
lichen Rechte, 2. Aufl. Tübin-
gen 1919 |
| Jellinek, Walter | Verwaltungsrecht, 3. Aufl. (un-
veränderter Neudruck) Offenburg
1948
- Lehrbuch - |
| Jellinek, Walter | Besprechung des Werks von Kor-
mann, System der rechtsgeschäft-
lichen Staatsakte, KritVJS 50,
293 ff. |
| Jellinek, Walter | Gesetz, Gesetzesanwendung und
Zweckmäßigkeitserwägung, Tübin-
gen 1913
- Gesetz - |

- Jesch, Dietrich Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82, 163 ff.
- Jesch, Dietrich Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, Erlangen 1956
- Bindung -
- Jöhr, Eduard Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung des administrativen Ermessens, Aarau 1931
- Jung, Hans Probleme des Widerrufsvorbehaltes, DVBl 1957, 708 ff.
- Kaufmann, Erich Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, Tübingen 1911
- clausula -
- Kaufmann, Erich Artikel Verwaltung, Verwaltungsrecht in: Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, herausgegeben von Max Fleischmann, Band 3, Tübingen 1914 S. 688 ff.
- Kellner, Hugo Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Prozeßpraxis, NJW 1966, 857 ff.
- Kelsen, Hans Justiz und Verwaltung, Wien 1929
- Justiz -
- Kelsen, Hans Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, AöR 31, 53 ff. und 190 ff.
- Kelsen, Hans Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. Tübingen 1923
- Hauptprobleme -
- Kelsen, Hans Die Grundlage der Naturrechtslehre in: Das Naturrecht in der politischen Theorie, herausgegeben von Franz-Martin Schmölz, Wien 1963, S. 1 ff.
- Grundlage -
- Kelsen, Hans Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925
- Allgemeine Staatslehre -
- Kelsen, Hans Was ist die Reine Rechtslehre? in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, S. 143 ff.
- Reine Rechtslehre -
- Kelsen, Hans Was ist Gerechtigkeit?, Wien 1953
- Gerechtigkeit -

- Kelsen, Hans Zum Begriff der Norm in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band I, München und Berlin 1965, S. 57 ff.
- Normbegriff -
- Kelsen, Hans Was ist juristischer Positivismus?
JZ 1965, 465 ff.
- Kieckebusch, Klaus Die öffentlich-rechtliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte, VerwArch 57, 17 ff.
- Kisch, Wilhelm Beiträge zur Urteilslehre, Tübingen 1903
- Klein, Friedrich Zum Problem der materiellen Rechtskraft von Steuerverwaltungsakten, VerwArch 45, 49 ff.
- Klein, Hans H. Einschränkung von Grundrechten durch Ermessensentscheidungen, DÖV 1964, 658 ff.
- Klein, Rüdiger Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit, AöR 82, 75 ff.
- Klinger, Hans Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl. Göttingen 1964
- Köhler, Ludwig von Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl. Stuttgart und Berlin 1936
- Kopp, Ferdinand O. Die Grenzen der richterlichen Nachprüfung wertender Entscheidungen der Verwaltung, DÖV 1966, 317 ff.
- Kormann, Karl System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910
- Köttgen, Arnold Deutsche Verwaltung, Mannheim-Berlin-Leipzig 1936
- Krüger, Herbert Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964
- Staatslehre -
- Krüger, Herbert "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" und "Gewährung mit Auslesevorbehalt", DÖV 1958, 673 ff.
- Krüger, Herbert Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl 1955, 380 ff., 450 ff.
- Küchenhoff, Günther Die Rechtsnatur der staatlichen Genehmigung zu Rechtsetzungsakten öffentlicher Körperschaften, JuS 1965, 52 ff.
- Laband, Paul Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band II, 5. Aufl. Tübingen 1911
- Landmann - Rohmer Gewerbeordnung, Kommentar, neubearbeitet von Erich Byermann und Ludwig Fröhler, 12. Aufl. München und Berlin 1964 (fortl.)

- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, II. Band, Besonderer Teil, 9. Aufl. München und Berlin 1968
- Larenz II -
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
- Methodenlehre -
- Larenz, Karl Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl. München und Berlin 1963
- Geschäftsgrundlage -
- Laun, Rudolf von Das freie Ermessen und seine Grenzen, Leipzig und Wien 1910
- Lehmann, Heinrich
und Heinz Hübner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl. Berlin 1966
- Lent, Friedrich Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile, ZZP 61, 279
- Leonhard, Rudolf Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs., Berlin 1900
- Lerche, Peter Artikel Ermessen in: Staatslexikon, Band 3 S. 12 ff., Freiburg 1959
- Loening, Hellmuth Zur Rechtsnatur der Genehmigung kommunaler Abgabensatzungen in Nordrhein-Westfalen, DÖV 1966, 490 ff.
- Mang, Johann - Theodor Maunz - Franz Mayer - Klaus Obermayer Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 2. Aufl. München 1964
- Mangoldt, Hermann v. Nebenbestimmungen bei rechtsgewährenden Verwaltungsakten, VerwArch 37, 101 ff.
- Manigk, Alfred Rezensionsabhandlung zu Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, ArchRWiPh 26, 359 ff.
- Manigk, Alfred Artikel Rechtswirkung in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Fritz Stier - Somlo und Alexander Elster, Band IV, Leipzig und Berlin 1927, S. 753 ff.
- Manigk, Alfred Artikel Tatsachen, juristische in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Fritz Stier-Somlo und Alexander Elster, Band V, Leipzig und Berlin 1928, S. 847 ff.

- Mannheim, Hermann Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren, Berlin 1925
- Martens, Joachim Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag, AöR 89, 429 ff.
- Martens, Wolfgang Fehlerhafte Nebenbestimmungen im Verwaltungsprozeß, DVBl 1965, 428 ff.
- Martens, Wolfgang Zur Begriffsbestimmung des Verwaltungsaktes, DVBl 1968, 322 ff.
- Maubach, Emil Bedingung und Auflage, Diss. jur., Köln 1939
- Maunz, Theodor und Günter Dürig Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. München und Berlin 1964 (fortl.)
- Mayer, Franz Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung, Berlin 1963
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Band, 3. Aufl. München und Leipzig 1924
- VerwR I -
- Mayer, Otto Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen, AöR 21, 1 ff.
- Meier-Hayoz, Arthur Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluß, Diss. jur., Zürich, Aarau 1948
- Menger, Christian Fr. System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954
- System -
- Menger, Christian Fr. Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, 3 ff.
- Menger, Christian Fr. Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit in: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band III 2. Halbband, herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey und Ulrich Scheuner, Berlin 1959 S. 717 ff.
- Grundrechte -
- Menger, Christian Fr. Besprechung der Schrift von H. Ehmke, "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, JZ 1961, 431 ff.
- Menger, Christian Fr. Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 56, 81 ff.
- Menger, Christian Fr. und Hans-Uwe Erichsen Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 56, 374 ff.

- Merk, Wilhelm Deutsches Verwaltungsrecht, I. Band, Berlin 1962
- Merkel, Adolf Die Lehre von der Rechtskraft, Leipzig und Wien 1923
- Rechtskraft -
- Michaelis, Karl Über das Verhältnis von logischer und praktischer Richtigkeit bei der sogenannten Subsumtion in: Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, Göttingen 1961, S. 117 ff.
- Mugdan, B. Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Berlin 1899
- Müller - Freienfels, Wolfgang Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955
- Münch, Ingo von Der Widerrufsvorbehalt im Verwaltungsrecht, JZ 1964, 53 ff. und 121 ff.
- Nebinger, Robert Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Stuttgart 1949
- Obermayer, Klaus Das Verhältnismessen der Verwaltungsbehörden, NJW 1963, 1177 ff.
- Obermayer, Klaus Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart-München-Hannover 1956
- Verwaltungsakt -
- Oertmann, Paul Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, Kommentar, 3. Aufl. Berlin 1927
- Allg. Teil -
- Oertmann, Paul Die Rechtsbedingung, Leipzig und Erlangen 1924
- Rechtsbedingung -
- Ossenbühl, Fritz Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV 1968, 618 ff.
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, bearbeitet von Bernhard Danckelmann, Max Deegenhart u. a., 28. Aufl. München und Berlin 1969
- Peters, Hans Lehrbuch der Verwaltung, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949
- Raiser, Ludwig Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2. Aufl. Bad Homburg v. d. H. 1961
- Geschäftsbedingungen -
- Raiser, Ludwig Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, Band I, Karlsruhe 1960, S. 101 ff.
- Vertragsfunktion -

- Redeker, Konrad - Peter von Oertzen Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Aufl. Stuttgart 1965
- Renck, Ludwig Verwaltungsakt und Gesetzesvorbehalt, JuS 1965, 129 ff.
- Roellecke, Gerd Gesetzmäßigkeitsprinzip und verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen, DÖV 1968, 333 ff.
- Rosenberg, Leo Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 9. Aufl. München und Berlin 1961
- Roser, Thomas Sind Auflagen und Bedingungen behördlicher Erlaubnisse selbständig anfechtbar?, BB 1967, 908 ff.
- Rudorff, H. Über Bauerlaubnis und Baubedingung im preußischen Verwaltungsrecht, Tübingen 1915
- Rupp, Hans Heinrich Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965
- Saladin, Peter Der Widerruf von Verwaltungsakten, Basel 1960
- Salzwedel, Jürgen Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Berlin 1958
- Sannig, Günther Auflage und Bedingung im Baurecht, StukommVerw 1966, 4 ff.
- Sauer, Wilhelm Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin-Detmold-Köln-München 1951
- Savigny, Friedrich Carl von System des heutigen Römischen Rechts, I. Band, Berlin 1840; III. Band, Berlin 1840
- Schanze Deklaratorische und konstitutive Entscheidungen, ZBlFG 1917, 361 ff.
- Scheerbarth, Walter Das allgemeine Bauordnungsrecht, 2. Aufl. Köln 1966
- Scheerbarth, Walter Ist im Verwaltungsrecht die Hermeneutik auf Abwegen?, DVBl 1960, 185 ff.
- Scheuner, Ulrich Der Bereich der Regierung in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag, Göttingen 1952, S. 253 ff.
- Regierung -
- Scheuner, Ulrich Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte, VerwArch 33, 68 ff.
- Schmidt - Rimpler Walter Zum Problem der Geschäftsgrundlage in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, München und Berlin 1955, S. 1 ff.
- Geschäftsgrundlage -

- Schmidt - Rimpler
Walter Grundfragen einer Erneuerung des Ver-
tragsrechts, AcP 147, 130 ff.
- Schmidt - Salzer
Joachim Der Beurteilungsspielraum der Verwal-
tungsbehörden, Berlin 1968
- Schoen, Paul Der Widerruf der Verfügungen nach der
Rechtsprechung des Oberverwaltungsge-
richts in: Verwaltungsrechtliche Abhand-
lungen, Festgabe zur Feier des fünfzig-
jährigen Bestehens des Preußischen Ober-
verwaltungsgerichts, Berlin 1925, S.
118 ff.
- Scholz Zur Lehre von der Bauerlaubnis, VerwArch
23, 211 ff. und VerwArch 24, 184 ff.
- Schrödter, Hans Bundesbaugesetz (Kommentar), Berlin und
Frankfurt a. M. 1964
- Schüle, Adolf Der streitentscheidende Verwaltungsakt
in: Staats- und verwaltungswissenschaft-
liche Beiträge, herausgegeben von der
Hochschule für Verwaltungswissenschaften
in Speyer, Stuttgart 1957, S. 277 ff.
- Schwarz, Andreas B. Artikel Bedingung in: Rechtsvergleichen-
des Handwörterbuch für das Zivil- und
Handelsrecht des In- und Auslandes, her-
ausgegeben von Franz Schlegelberger,
Band II, Berlin 1929, S. 391 ff.
- Schwerdtfeger,
Gunther Baugenehmigungsverfahren und zivilrecht-
liche Berechtigung zum Bauen, DÖV 1966,
494 ff.
- Schwinge, Erich Grundlagen des Revisionsrechts, Bonn
1935
- Scupin, Hans Ulrich Das Polizeirecht in der Bundesrepublik
Deutschland in: Handbuch zur kommunalen
Wissenschaft und Praxis, herausgegeben
von Hans Peters, Band II, Berlin-Götting-
en-Heidelberg 1957, S. 606 ff.
- Siebecke, Fried-
rich F. Die mitwirkungsbedürftigen Verwaltungs-
akte, Diss. jur. Münster 1959
- Simon, Jürgen Behördliche Bescheinigungen als Verwal-
tungsakte, DVBl 1956, 355 ff.
- Soergel - Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 1.
Band - Einleitung; Allgemeiner Teil -
10. Aufl. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz
1967
- Siebert-Bearbeiter -
- Sommer, Günter Der Widerruf von Verwaltungsakten, DÖV
1954, 685 ff.
- Staudinger, J. v. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
I. Band, Allgemeiner Teil, erläutert von
Franz Brändl und Helmut Coing, 11. Aufl.
Berlin 1957
- Staudinger-Bearbeiter -

- | | |
|---------------------------------------|---|
| Stein, Friedrich | Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, Tübingen 1912 |
| Stern, Klaus | Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, Berlin 1964
- Ermessen - |
| Stern, Klaus | Das allgemeine Verwaltungsrecht in der neueren Bundesgesetzgebung, JZ 1962, 265 ff., 297 ff. |
| Stier - Somlo, Fritz | Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung in: Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Paul Laband, Band II, Tübingen 1908, S. 445 ff. |
| Strickstrock, Wilhelm | Zum "begünstigenden" Verwaltungsakt in: Staat und Bürger, Festschrift für Willibalt Apelt zum 80. Geburtstag, München und Berlin 1958, S. 231 ff. |
| Sulser, Karl | Bedingung und Auflage, Diss. jur., Aarau 1919 |
| Tezner, Friedrich | Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, Leipzig und Wien 1924 |
| Thieme, Werner | Evidenz und Nichtigkeit, DÖV 1962, 686 ff. |
| Topitsch, Ernst | Die Menschenrechte, JZ 1963, 1 ff. |
| Tuhr, Andreas von | Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Band, 1. Hälfte, München und Leipzig 1914 |
| Turegg, Kurt Egon von und Erwin Kraus | Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Aufl. Berlin 1962 |
| Turegg, Kurt Egon von | Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Aufl. Berlin 1956
- v. Turegg (3) - |
| Ule, Carl Hermann | Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 2. Aufl. München 1955, S. 309 ff.
- unbestimmter Rechtsbegriff - |
| Ule, Carl Hermann | Verwaltungsprozeßrecht, 4. Aufl. München und Berlin 1966
- Verwaltungsprozeßrecht - |

- Ule, Carl Hermann Die Entwicklung des Beamtenrechts durch die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Band 2, Karlsruhe 1963, S. 113 ff.
- Entwicklung des Beamtenrechts -
- Ule, Carl Hermann und Ernst Rasch Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Köln-Berlin-München-Bonn 1965
- Volkmar, Dieter Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt, Berlin 1962
- Warda, Günter Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1962
- Werner, Fritz Zur Kritik an der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 1957, 221 ff.
- Wieacker, Franz Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten in: Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, Göttingen 1961, S. 263 ff.
- Willenserklärung -
- Wieacker, Franz Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. Göttingen 1967
- Privatrechtsgeschichte -
- Wilhelm, Walter Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 1958
- Winkler, Günther Der Bescheid, Wien 1956
- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht I, 7. Aufl. München und Berlin 1963
- VerwR I -
- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht II, 2. Aufl. München und Berlin 1967
- VerwR II -
- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht III, 2. Aufl. München und Berlin 1967
- VerwR III -
- Wolff, Hans J. Rechtsgrundsätze und verfassungsge-
staltende Grundentscheidungen als
Rechtsquellen in: Forschungen und Be-
richte aus dem öffentlichen Recht,
Gedächtnisschrift für Walter Jelli-
nek, 2. Aufl. München 1955, S. 33 ff.
- Rechtsgrundsätze -

A b k ü r z u n g e n :

AcP	Archiv für die zivilistische Praxis
AltSpG	Gesetz zur Milderung von Härten der Währungsreform (Altsparger Gesetz) vom 14. Juli 1953 - BGBl I S. 495 -
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArchRWiPh	Archiv für Rechts- und Wirtschafts- philosophie
AS	Sammlung von Entscheidungen des Baye- rischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Ver- fassungsgerichtshofs, Neue Folge
AtomG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) vom 23. De- zember 1959 - BGBl I S. 814 -
AuslG	Ausländergesetz vom 28. April 1965 - BGBl I S. 3353 -
AWG	Außenwirtschaftsgesetz vom 28. April 1961 - BGBl I S. 481 -
BauO NW	Bauordnung für das Land Nordrhein- Westfalen vom 25. Juni 1962 - GV NW S. 373 -
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebsberater
BBahnG	Bundesbahngesetz vom 13. Dezember 1951 - BGBl I S. 955 -
BBauBl	Bundesbaublatt
BBauG	Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960 - BGBl I S. 341 -
BFStrG	Bundesfernstraßengesetz in der Fassung vom 6. August 1961 - BGBl I S. 1742 -
BJG	Bundesjagdgesetz in der Fassung vom 30. März 1961 - BGBl I S. 304 -
BMG	Gesetz über Maßnahmen auf dem Gebiet des Mietpreisrechts (Erstes Bundesmie- tengesetz) vom 27. Juli 1955 - BGBl I S. 458 -
BRRG	Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrah- mengesetz) in der Fassung vom 22. Ok- tober 1965 - BGBl I S. 1754 -
BSHG	Bundessozialhilfegesetz vom 30. Juni 1961 - BGBl I S. 815 -
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVertrG	Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (Bundesvertriebenengesetz) in der Fassung vom 23. Oktober 1961 - BGBl I S. 1833 -
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVG	Die Öffentliche Verwaltung
BVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
BSVGH	Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg
EVwVerfG 1963	siehe Literaturverzeichnis
EWVRO	siehe Literaturverzeichnis
GastG	Gaststättengesetz vom 28. April 1930 - RGBl I S. 146 -
GewArch	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung in der Fassung vom 26. Juli 1900 - RGBl S. 871 -
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 - BGBl S. 1 -
GrdstVG	Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (Grundstücksverkehrsgesetz) vom 28. Juli 1961 - BGBl I S. 1091 -
GÜKG	Güterkraftverkehrsgesetz vom 17. Oktober 1952 - BGBl I S. 697 -
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 - BGBl I S. 1081 -
HandwO	Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) vom 17. September 1953 - BGBl I S. 1411 -
HessVGH	Verwaltungsgerichtshof für das Land Hessen
HwdR	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Fritz Stier-Somlo und Alexander Elster, 6 Bände und ein Ergänzungsband, Leipzig und Berlin 1926 - 1931

JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KritVJS	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswis- senschaft
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NSchDVO	Verordnung zur Durchführung des Reichsnaturschutzgesetzes vom 31. Oktober 1935 - RGBl I S. 1275 -
NSchG	Reichsnaturschutzgesetz vom 26. Juni 1935 - RGBl I S. 821 -
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungssammlung des Ober- verwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen in Mün- ster sowie für die Länder Nie- dersachsen und Schleswig-Hol- stein in Lüneburg
PBefG	Personenbeförderungsgesetz vom 21. März 1961 - BGBI I S. 241 -
PBefG a. F.	Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande vom 4. Dezem- ber 1934 - RGBl I S. 1217 -
ProVG	preußisches Oberverwaltungsge- richt
ProVGE	Amtliche Sammlung der Entschei- dungen des preußischen Ober- verwaltungsgerichts
prPVG	Preußisches Polizeiverwaltungs- gesetz vom 1. Juni 1931 - Pr GS S. 77 -
PrVB1	Preußisches Verwaltungsblatt
kGarO	Verordnung über Garagen und Einstellplätze vom 17. Februar 1939 - RGBl I S. 219 -
RNVBl	Verkündungsblatt des Reichsnähr- standes
RvglHwB	Rechtsvergleichendes Handwörter- buch für das Zivil- und Handels- recht des In- und Auslandes, herausgegeben von Franz Schle- gelberger, 4 Bände, Berlin 1929 - 1933

schlLVwG	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig - Holstein (Landesverwaltungsgesetz) vom 18. April 1967 - GVBl SH S. 131 -
StuKommVerw	Staats- und Kommunalverwaltung
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung in der Fassung vom 6. Dezember 1960 - BGBl I S. 898 -
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerWRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VG	Verwaltungsgericht
VRS	Verkehrsrechtssammlung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 - BGBl I S. 17 -
WDStuVerwR	Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, herausgegeben von Max Fleischmann, 3 Bände, Tübingen 1911 - 1914
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz) vom 27. Juli 1957 - BGBl I S. 1110 -
WPflG	Wehrpflichtgesetz in der Fassung vom 14. Mai 1965 - BGBl I S. 391 -
Württ.-Bad. VGH	Verwaltungsgerichtshof für das (ehemalige) Land Württemberg - Baden
ZBlFG	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZfW	Zeitschrift für Wasserrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZZP	Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß

E r s t e r T e i l

Übersicht über den Stand der Lehre von der Bedingung im öffentlichen Recht

§ 1 Die begriffliche Erfassung der Rechtsfigur der Be- dingung in der Verwaltungsrechtswissenschaft

- I. Ebenso wie im Zivilrecht lassen sich auch im öffentlichen Recht Rechtsverhältnisse sukzessiv begründen, wenn der gesetzliche Tatbestand, von dessen Vorliegen die Entstehung des Rechtsverhältnisses abhängt, mehrgliedrig ist, so daß die in ihm genannten Voraussetzungen in der Rechtswirklichkeit nicht uno actu, sondern zeitlich verschoben eintreten können. In diesem Falle kommt das Rechtsverhältnis mit Eintritt der letzten erforderlichen Tatsache zustande, es sei denn, daß eine besondere gesetzliche Regelung von vornherein einer sukzessiven Verwirklichung des Tatbestandes gänzlich oder in bestimmter Richtung Schranken setzt. Soweit der Begründungsvorgang wie beim öffentlichrechtlichen Vertrag aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen besteht, diese also den Tatbestand darstellen, an den die Rechtsfolgewirkung anknüpft, ist eine "Tatbestandsteilung" ohne weiteres möglich. Man denke etwa an den Vertragsschluß zwischen Abwesenden. Wird das Rechtsverhältnis durch Verwaltungsakt begründet, so ist ebenfalls eine sukzessive Tatbestandsverwirklichung denkbar. Allerdings darf man hierbei nicht den Tatbestand im Auge haben, wie er nach dem Gesetz Voraussetzung für den Erlass des Verwaltungsaktes ist. Ob insoweit von der Behörde richtig verfahren worden ist, berührt - von Ausnahmefällen abgesehen, in denen der Feh-

ler zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes führt ¹⁾ - nur die Rechtmäßigkeit, nicht aber die Gültigkeit des Verwaltungsaktes.²⁾ Anders ist es jedoch dann, wenn die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes vom Vorliegen eines bestimmten weiteren Tatbestandsmerkmales abhängig ist, wenn also der Erlaß des Verwaltungsaktes nicht die einzige tatbestandsmäßige Voraussetzung für die Begründung des Rechtsverhältnisses ist. Man denke etwa an die zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakte ³⁾ oder den Fall der vorgeschriebenen Bestätigung eines Verwaltungsaktes durch eine andere Behörde ⁴⁾.

1. Bei den genannten Beispielen sukzessiver Tatbestandsverwirklichung handelte es sich durchweg um solche, in denen von Gesetzes wegen der Rechtserfolg vom Eintritt der noch ausstehenden Tatbestandsstücke abhängig war. Demgegenüber steht eine andere Gruppe sukzessiv verlaufender Tatbestände, die durch Partei- oder Behördendisposition bestimmt sind. Ebenso wie im Zivilrecht der Erfolg des Rechtsgeschäftes an den Eintritt eines durch Parteiwillen gesetzten, noch ausstehenden Tatbestandsstückes gebunden sein kann, kann im öffentlichen Recht die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes von der künftigen Verwirklichung eines nach dem Willen der Behörde wesentlichen Tatbestandsmomentes abhängig sein. Man spricht dann von einem bedingten Verwaltungsakt und definiert in Anlehnung an die zivilrechtliche Lehre die Bedingung als eine dem Verwaltungsakt beigelegte Nebenbestimmung, durch die seine Rechtswirksamkeit von einem künftigen, ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird ⁵⁾. Die Übernahme der zivil-

1) Eine absolut einheitliche Meinung, wo die Grenze zur bloßen Vernichtbarkeit verläuft, hat sich bislang noch nicht gebildet, wenngleich nicht zu verkennen ist, daß die sogenannte Evidenztheorie, die auf die Schwere und Offenkundigkeit des Feh-

rechtlichen Definition war dabei umso naheliegender ⁶⁾, als man in der öffentlichrechtlichen Doktrin einerseits den Verwaltungsakt gelegentlich als "publizistisches Rechtsgeschäft" ⁷⁾ bzw. als "öffentlichrechtliche Willenserklärung" ⁸⁾ bezeichnet und andererseits die Auffassung vertreten wird, daß die Bedingung eine allen Rechtsgebieten gemeinsame "Denkform" ⁹⁾ darstelle. Demzufolge werden neben der allgemeinen - d. h. von der Art des Einflusses auf die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes ausgehenden - Klassifizierung in aufschiebende und auflösende Bedingungen ¹⁰⁾ unbedenklich auch andere zivilrechtliche Kategorien im öffentlichen Recht beibehalten. So unter-

lers abstellt, in Rechtsprechung und Schrifttum den stärksten Anklang gefunden hat. Vgl. dazu Heike in DÖV 1962, 416; Bachof, Verfassungsrecht S. 266 f. und BVerwG, Urteil vom 7. Oktober 1964 in DVBl 1965, 159 = ZBR 1965, 85

- 2) Die "Vermutung der Gültigkeit" (vgl. BVerwG, Beschluß vom 21. Januar 1954 in BVerwGE 1, 67 (69) = DVBl 1954, 500) hat auch der fehlerhafte Verwaltungsakt für sich, nicht weil er eine besondere "Selbstbezeugung" der autoritativ entscheidenden Behörde ist (so allerdings Otto Mayer, VerwR I S. 95 und - ihm folgend - Kormann S. 218), sondern als Akt der Rechtspflege (i. S. der Terminologie von Menger, System S. 49 f. und Wolff, VerwR I § 19 I a) durch die dazu berufene Verwaltung der Durchsetzung des Rechts dient und ihm damit ein eigener Rechtswert zukommt, der im Begriff der Rechtssicherheit beschlossen liegt. Vgl. Thiele in DÖV 1962, 686 (687); Kelsen, Justiz S. 19 f.; derselbe in AöR 31, 53 (195 f.); Bötticher, Kritische Beiträge S. 7 f.; Jesch, Bindung S. 57 und Giacometti S. 428
- 3) Es wird hier der Ansicht von Wolff, VerwR I § 48 II gefolgt, wonach die Mitwirkung des Adressaten nicht rechtsfolgebegründendes, sondern rechtsfolgebedingendes Tatbestandsmoment ist.
- 4) vgl. Wolff, VerwR II § 77 V c 3 und 5 sowie Salzwedel S. 48

scheidet man zwischen willkürlichen, zufälligen und gemischten Bedingungen ¹¹⁾ und sondert schließlich von den "echten" Bedingungen die sog. Rechtsbedingungen (*condiciones iuris*) ¹²⁾.

2. Freilich zeigen die im Schrifttum für derartige *condiciones iuris* gewählten Beispiele, daß bei zu enger dogmatischer Anlehnung an zivilrechtliche Vorstellungen leicht die Besonderheiten des öffentlichen Rechts übersehen werden. Unter einer Rechtsbedingung versteht man in der zivilistischen Dogmatik eine von der Rechtsordnung gesetzte, bei Geschäftsabschluß aber noch ausstehende, jedoch nach-
-
- 5) vgl. Wolff, VerwR I § 49 I b; Forsthoff, Lehrbuch S. 208; Merk S. 848; von Turegg-Kraus S. 121; ProVG, Urteil vom 15. Juni 1939 in ProVGE 104,248 (250); v. Mangoldt in VerwArch 37,101 (103); EWWRO Art. 69 und Begründung S. 238 f.; Giacometti S. 365; EVwVerfG 1963,138; Andersen S. 341
- 6) vgl. Giacometti S. 364
- 7) vgl. Friedrichs S. 53; Kormann S. 18, 22 und passim; Sulser S. 3 f.; Laband S. 188; Fleiner S. 185; Hatschek-Kurtzig S. 7 f.; Peters S. 151; Joachim Martens in AÖR 89,429 (468 f.) - Zur Kritik insbesondere des Kormannschen Rechtsgeschäftsbegriffes vgl. Apelt S. 92 f. und neuestens Rupp S. 10 N. 34 - Gegen die Terminologie vom publizistischen Rechtsgeschäft wenden sich auch Giacometti S. 341 f.; Ipsen S. 9; W. Jellinek, Lehrbuch S. 259; Forsthoff, Lehrbuch S. 192 und 200 f. und EWWRO Begründung S. 218
- 8) W. Jellinek, Lehrbuch S. 242; Köttgen S. 207; Dennewitz S. 94; Giacometti S. 337 - Dagegen warnen Forsthoff, Lehrbuch S. 201 Ernst v. Hippel, Untersuchungen S. 34 f. und Andersen S. 10 vor der Übernahme eines psychologisch verstandenen Willensbegriffes. Vgl. auch Kelsen, Hauptprobleme S. 121 ff. sowie Burckhardt, Vertrag S. 47
- 9) Sulser S. 6; H.R. Huber S. 29; Maubach S. 16; ähnlich auch Giacometti S. 365 (Begriff "in beiden Rechtsgebieten wesensgleich")
- 10) vgl. die Angaben in Anm. 5
- 11) Sulser S. 12; v. Mangoldt in VerwArch 37,101 (105); Eisentraut S. 10 und 30
- 12) v. Mangoldt in VerwArch 37,101 (106); Andersen S. 44; Apelt S. 197; Sulser S. 7; Kormann S. 136;

holbare Wirksamkeitsvoraussetzung¹³⁾. Ihre ausdrückliche Hinzufügung durch die Parteien bei Abschluß des Rechtsgeschäfts hat also nur deklaratorische Bedeutung. Keine Rechtsbedingung liegt also in dem von v. Mangoldt¹⁴⁾ gebildeten Falle vor, daß eine Erlaubnis unter der "Bedingung" erteilt wird, die für das Gewerbe maßgeblichen Polizeiverordnungen seien zu beachten. Eine derartige Beifügung wirkt zwar rein deklaratorisch, hat aber auf die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes keinen Einfluß¹⁵⁾.

Der unrichtige Ansatzpunkt kommt besonders deutlich bei Kormann zum Ausdruck, wenn er schreibt¹⁶⁾: "Das Eigentümliche der echten Bedingung liegt darin, daß der Verwaltungswille zu den gesetzlichen Erfordernissen für den Eintritt einer Rechtswirkung noch seinerseits ein weiteres außerhalb des Geschäftsinhalts befindliches Erfordernis hinzufügt. Bei der *conditio iuris* aber fehlt gerade dieses eigentümliche Moment." Hier liegt die Folgerung auf der Hand, daß dann, wenn von seiten der Behörde eine bislang noch fehlende gesetzliche Voraussetzung zum Inhalt einer dem

Eisentraut S. 36 f.; Hangartner S. 154; Rudorff S. 2; EWVRO Begründung S. 239

- 13) Oertmann, Rechtsbedingung S. 28; Enneccerus-Nipperdey § 194 II 2 a (S. 1186); Lehmann S. 263; Staudinger-Coing, Vorbemerkungen vor § 158 Rdz. 13

- 14) VerwArch 37, 101 (106 Anm. 16)

- 15) Zumindest unklar ist auch die weitere Behauptung v. Mangoldts, daß dort, wo die Wirksamkeit einer Erlaubnis *ex lege* von der Erfüllung bestimmter Bedingungen abhängt, es sich in Wahrheit bei diesen "Bedingungen" um Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis handelt, denen das die echte Bedingung auszeichnende Merkmal eines "wesentliche(n) Mehr gegenüber den Minimalerfordernissen für einen Verwaltungsakt dieser Art" fehle. Die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes einerseits und das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für seinen Erlaß andererseits sind zwei von einander unabhängige Dinge.

Verwaltungsakt beigefügten Bedingung gemacht wird, eine *condicio iuris* vorliege - ein erstaunlicher Fehlschluß, wenn man sich vergegenwärtigt, daß ohne die beigefügte Bedingung der Verwaltungsakt nicht etwa kraft Gesetzes schwebend unwirksam bliebe, sondern rechtsgültig würde¹⁷⁾.

3. Die Übernahme des vorstehend skizzierten Bedingungsbegriffs ins öffentliche Recht hat sich freilich nicht ganz ohne Widerspruch vollzogen. So meinte Otto Mayer, der freilich dabei in erster Linie die Resolutivbedingung im Auge hatte, ein derartiger zivilrechtlicher Formalismus passe nicht für das am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs ausgerichtete Polizeirecht¹⁸⁾. Ähnlich urteilte das ProVG in einer Entscheidung vom 6. Januar 1910¹⁹⁾, der der Fall zugrunde lag, daß eine Gaststättenerlaubnis unter der "Bedingung" erteilt worden war, vor der Eröffnung des Betriebes mehrere bestimmt angegebene bauliche Mängel zu beseitigen. Das Gericht meinte, es handele sich dabei nicht um eine echte Bedingung. Die unmittelbare Anwendung des § 158 Abs. 1 BGB verbiete sich schon darum, weil die Gaststättenkonzession kein Rechtsgeschäft im Sinne des BGB sei. Gemeint sei denn auch weniger eine Bedingung im zivilrechtlichen Sinne, sondern vielmehr eine Maßgabe, was bedeute, daß die Konzession für eine Betriebsstätte erteilt worden sei, zu deren Kennzeichnung im einzelnen gerade auch der Inhalt der sog. Bedingungen bestimmt sei.

Hinter dieser Ablehnung steht - wie sich besonders deutlich aus den Ausführungen des ProVG er-

16) a.a.O. S. 136, Hervorhebung im Original

17) vgl. dazu auch Rudorff S. 30 f., 32 und Hottinger S. 20 f.

18) VerwR I S. 249

19) ProVGE 56, 151 (153)

gibt ²⁰⁾ - unausgesprochen die Auffassung, daß die Funktion der Bedingung, hier Maßgabe genannt, im öffentlichen Recht eine andere sein müsse als im Privatrecht und jedenfalls den Inhalt des Verwaltungsaktes beeinflusse.

Aber auch in Otto Mayers unwirscher Bemerkung vom zivilrechtlichen Formalismus kommt das Unbehagen über eine Rechtsfigur zum Ausdruck, die nicht aus der Funktion des Verwaltungsaktsbegriffs entwickelt und in diesen Rahmen hineingestellt, sondern formal - d. h. auf einen Entstehungsstatbestand hin - definiert wird.

4. Die Übernahme zivilrechtlicher Anschauungsweisen in das öffentliche Recht hatte zur Konsequenz, daß auch die Lehre über das Verhältnis von Rechtsgeschäft und Bedingung für die weitere dogmatische Erfassung des Bedingungsbegriffes im öffentlichen Recht bedeutsam wurde. Entsprechend der Theorie Oertmanns ²¹⁾, daß die Stücke des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes eine verschiedene Bedeutung hätten, nämlich "teils auf den Inhalt, teils auf den Eintritt der Wirkung, teils auf das Was, teils auf das Ob" zielten und die Bedingung es mit dem Wirkungseintritt zu tun habe, herrscht die Meinung vor, auch im öffentlichen Recht bestimme die Bedingung den Inhalt des Verwaltungsaktes, dem sie beigelegt ist, nicht näher, ihre Bedeutung liege vielmehr allein darin, daß sie dessen Bestand beeinflusse, indem sie ihn in einem Schwebezustand halte ²²⁾.

Bei einer solchen Betrachtungsweise ist es freilich zunächst nicht recht einleuchtend, weshalb die Be-

20) das an dieser Rechtsprechung freilich in der Folgezeit nicht mehr festgehalten hat; vgl. die Angaben bei v. Mangoldt in VerwArch 37, 101 (105 Anm. 12)

21) Oertmann, Rechtsbedingung S. 4; Enneccerus-Nipperdey § 136 I (S. 859)

dingung mit Auflage, Befristung und Widerrufsvorbehalt zur Kategorie der sogenannten Nebenbestimmungen gerechnet wird, entscheidet ihr Eintritt oder Ausfall doch über den Bestand des Verwaltungsaktes. Dieser Widerspruch ist denn auch nicht verborgen geblieben. So lehnt es z. B. Sulser²³⁾ ab, die Bedingung als eine Nebenbestimmung zu bezeichnen, da innerhalb der Tatbestandsmomente eines Rechtsgeschäfts²⁴⁾ nicht nach Haupt- und Nebensache differenziert werden könne. Der bedingte Verwaltungsakt bilde ein einheitliches Ganzes. Allerdings sei gegen den Oberbegriff Nebenbestimmung dann nichts einzuwenden, wenn damit lediglich zum Ausdruck gebracht werden solle, daß den nach dem Gesetz erforderlichen Momenten des Tatbestandes (den essentialia negotii) durch Verwaltungswillen ein weiteres hinzugefügt werde. Damit im wesentlichen übereinstimmend formuliert v. Mangoldt²⁵⁾, die Bezeichnung der Bedingung als einer Nebenbestimmung solle nur zum Ausdruck bringen, "daß die behördliche Willenserklärung neben ihren begrifflich wesentlichen Teilen (?) auch noch Bestimmungen enthält, die ein Mehr gegenüber dem erforderlichen und hinreichenden (?) Inhalt eines Verwaltungsaktes dieser Art bedeuten".

Diese Ausführungen - aber auch die Ansicht, daß die Bedingung nicht inhaltsbestimmend für den Verwaltungsakt sei, dem sie beigefügt werde - gehen unausgesprochen von der Vorstellung aus, daß man

22) Sulser S. 6; Friedrichs S. 93; Krüger in DVBl 1955, 380 (387 unter 4.); Giacometti S. 369

23) a.a.O. S. 10 f.; vgl. auch Kormann S. 137

24) gemeint ist in diesem Zusammenhang der "rechtsgeschäftliche Verwaltungsakt"

25) a.a.O. S. 101; ähnlich Hangartner S. 152

den auf einen konkreten Sachverhalt bezogenen Verwaltungsakt an einem abstrakten Begriff "Verwaltungsakt" messen und somit im Subtraktionsverfahren die "begrifflich wesentlichen Teile" von den "accidentalia negotii" ²⁶⁾, d. h. den durch Behördenwillen hinzugefügten Abweichungen, im Einzelfall sondern könne. Da derartige Beifügungen, soweit sie als Bedingungen zu qualifizieren sind, gegenüber dem - abstrakt gewerteten - "hinreichenden Inhalt eines Verwaltungsaktes dieser Art" stets eine auf die Geltung bezogene Einschränkung enthalten, liegt es nahe, wiederum in Anlehnung an die zivilrechtliche Anschauung die Bedingung als eine "Willensbeschränkung" ²⁷⁾ zu begreifen - eine Konsequenz, die sich im übrigen auch aus der Gleichsetzung von Willenserklärung (bzw. Rechtsgeschäft) und Verwaltungsakt in Bezug auf die Erfassung der Bedingung im öffentlichen Recht ergibt. Eine solche Auffassung hat freilich zur Voraussetzung, daß der Behörde ein "Spielraum" in ihren Entscheidungen zur Verfügung steht, sie also nicht von Gesetzes wegen in ihren Entschlüssen gebunden ist. Wo dies nämlich der Fall ist, erscheint es wenig sinnvoll, von einer "Willens"beschränkung zu sprechen, da doch nur eine Entscheidung möglich ist. Es ist daher auch nicht verwunderlich, wenn die geschilderte dogmatische Erfassung des Bedingungsbegriffes im öffentlichen Recht zu einer Zeit entwickelt worden ist, in der das Recht nur als die äußere Schranke der Verwaltung begriffen wurde. Jenseits dieser Schranke sollte

26) wozu auch die Bedingung gerechnet wird, vgl. Giacometti S. 364; H. R. Huber S. 27. Zu fragen bleibt allerdings, ob die Unterscheidung zwischen accidentalia und essentialia negotii nicht ganz auf eine zivilrechtliche Problematik zugeschnitten ist und ob daher derartige "Zerlegungskunststücke" hier überhaupt von Wert sind. Soll bspw. eine Bedingung, die ihrem Inhalte nach sicherstellen soll, daß die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden (vgl.

der Bereich freier Gestaltungsmöglichkeit der Verwaltung liegen ²⁸⁾. Damit war auch grundsätzlich das Terrain abgesteckt, innerhalb dessen die Bedingung als Rechtsfigur sollte eingesetzt werden können ²⁹⁾.

§ 2 Die Abgrenzung des Bedingungsbegriffs von Rechtsfiguren verwandter Art

II. Im einschlägigen Schrifttum ³⁰⁾ wird oft darüber geklagt, welch' terminologischer Wirrwarr gerade im Hinblick auf die Verwendung des Begriffs "Bedingung" in der Verwaltungs- und Verwaltungsrechtssprache herrscht, und dort, wo in Gesetzesbestimmungen oder Verwaltungsakten von "Bedingungen" die Rede ist, der Sache nach etwas ganz anderes postuliert wird.

1. In der Praxis verwendet man denn auch besondere Mühe darauf, im Einzelfall zu klären, ob die dem Verwaltungsakt beigefügte Nebenbestimmung eine Bedingung oder eine Auflage ist ³¹⁾, denn die Rechtsfolgen sind, jenachdem unter welche Rechtsfigur zu subsumieren ist, durchaus verschieden.

dazu § 28 EVwVerfG 1963), ein accidentale oder ein essentielle sein? Für Giacometti stellt sich diese Frage allerdings nicht, da er als echte Bedingungen nur solche Nebenbestimmungen ansieht, "die die Verwaltungsbehörde kraft freien Ermessens der Verfügung mitgibt (S. 372/373). Darunter fallen die sog. Erteilungsbedingungen nicht (S. 366). Vgl. dazu auch H. R. Huber S. 30 und Hottinger S. 19 f.

- 27) Leonhard S. 382; Enneccerus-Nipperdey § 194 I (S. 1185); Flume, Rechtsgeschäft S. 689; Schwarz in RvglHwB Bd. II S. 393; Mugdan S. 490; Lehmann S. 262
- 28) Stier-Somlo S. 451 f.; Laun S. 20 ff.; Stein S. 2; Nebinger S. 24 f.; Peters S. 15; Rosenberg § 10 II; Fleiner S. 7 und 196; Flume, Steuerwesen und Rechtsordnung S. 76; Bettermann, Verwaltungsakt S. 365 - zur Kritik an dieser Auffassung vgl. Sulser S.2; Merkl, Rechtskraft S. 192 f.; Forsthoff, Lehrbuch S.

Dabei ist die theoretische Abgrenzung beider Institute klar und ohne besondere Problematik. Sie läßt sich zusammenfassen in dem von Savigny ³²⁾ geprägten Satz: "Die Bedingung suspendiert, zwingt aber nicht, der modus (d. h. die Auflage) zwingt, suspendiert aber nicht." Die Auflage ist also eine einem Verwaltungsakt beigefügte pflichtenbegründende Anordnung, die trotz ihrer engen Verbindung mit diesem Verwaltungsakt auf seine Wirksamkeit keinen Einfluß hat ³³⁾. Da die Auflage begrifflich nur zusammen mit einem den Adressaten begünstigenden Verwaltungsakt ergehen kann ³⁴⁾ und negative Auswirkungen, die sich aus seinem Erlaß ergeben könnten, verhindern soll ³⁵⁾, ist sie allerdings ihrerseits eng mit

3 f.; Krüger in DVBl 1955, 451; Saladin S. 47; Jesch Bindung S. 111; Kelsen, Justiz S. 2 f. und passim; Wolff, VerwR I § 19 I a 3

- 29) So heißt es etwa bei Kormann S. 150: "Nebenbestimmungen sind nur möglich, soweit der Behörde Spielraum dafür gelassen ist, also jedenfalls nicht, wo schlechthin ein Recht auf Vornahme des Verwaltungsaktes besteht" und Sulser S. 6 formuliert: "Bestimmt die Erklärung als Tatbestandselement das Ausmaß der Rechtsfolgen, so hat es das handelnde Organ in der Hand, dort, wo ihm durch Rechtssatz aufgetragen ist, das Angemessene zu schaffen, nach ihrem Eintritt oder ihrer Dauer die Rechtsfolgen schwebend zu erhalten." Vgl. ferner Giacometti S. 373 und Scheerbarth S. 369, 379
- 30) Forsthoff, Lehrbuch S. 208; Wolff, VerwR I § 49 I d; H. R. Huber S. 37; Hofacker S. 31; Kormann S. 139; Scheerbarth S. 376 f.; Bachof, Verfassungsrecht I S. 252; EwVRO Begründung S. 233; v. Mangoldt in VerwArch 37, 101 (109); Stern in JZ 1962, 297 (299); Gerber in VerwArch 36, 1 (61); Eyermann-Fröhler, VwGO § 42 Anh. Rdn. 29
- 31) vgl. Sannig in StukommVerw 1966, 4 f.
- 32) System Bd. 3 § 128 (S. 231)
- 33) Wolff, VerwR I § 49 I d; v. Mangoldt in VerwArch 37, 101 (106); EVwVerfG 1963 S. 138; Merk S. 854; v. Turegg-Kraus S. 121
- 34) Sulser S. 17; Forsthoff, Lehrbuch S. 209; H. R. Huber S. 31; Giacometti S. 370; vgl. auch § 107 Abs. 1 Ziff. 3 schlLVwG, wo die Auflage als eine Bestimmung gekennzeichnet wird, die dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorschreibt.
- 35) Otto Mayer, VerwR I S. 250; Hottinger S. 90; Sulser S. 28; vgl. auch § 4 WHG, § 11 GastG und § 17 AtomG

dem zugrunde liegenden Verwaltungsakt verknüpft. Von seiner Rechtsbeständigkeit hängt in aller Regel auch der Bestand der Auflage ab. ³⁶⁾

2. Schwieriger als die Abgrenzung der Rechtsinstitute Bedingung und Auflage ist die Sonderung der Bedingung von der Beschränkung ³⁷⁾. Auch hier kann man theoretisch recht klar unterscheiden: Eine Bedingung liegt vor, wenn - ohne nähere zeitliche Bestimmung ³⁸⁾ - Eintritt oder Dauer der Rechtsgestaltung infrage steht, eine Beschränkung dagegen, wenn der Inhalt der gesetzten Rechtsfolge nach der sachlichen, örtlichen oder persönlichen Seite gegenüber dem Begehren des Adressaten bzw. gegenüber dem Normalinhalt einer derartigen Regelung zurückbleibt ³⁹⁾. Fraglich bleibt allerdings, ob eine solche, auf der unterschiedlichen Gewichtigkeit der einzelnen Tatbestandsstücke aufbauende Differenzierung einleuchtend ist und echten Strukturgegebenheiten entspricht. So bemerkt z. B. Wolff ⁴⁰⁾ lediglich, daß die Bedingung oft einer inhaltlichen Begrenzung des Verwaltungsaktes nahekomme, ohne im einzelnen hier näher zu unterscheiden.

Dagegen ist an Beispielen aus dem Baurecht der vorgeblich grundsätzliche Unterschied zwischen Bedingung und Beschränkung näher expliziert worden. So meint W. Jellinek ⁴¹⁾ in seiner Besprechung des Kormannschen Werkes, das diesem Punkte

37) vgl. dazu v. Mangoldt in VerwArch 37, 101/102; Sulser S. 18; EWVRO Begründung S. 233; Scholz in VerwArch 23, 211 (249); Hangartner S. 152; Rudorffs Maßgabebegriff (S. 29 f.) meint sachlich nichts anderes.

38) In diesem Falle spricht man von einer Befristung.

39) Die Beschränkung impliziert einen Maßstab, an dem sie als solche erkannt werden kann. Dieser Maßstab ist meist der Antrag des Adressaten. Vgl. auch Sulser S. 14 Anm. 19 sowie S. 102 ff. dieser Arbeit

40) VerwR I § 49 I b; vgl. auch Friedrichs S. 92 Scheerbarth S. 370 f.; Giacometti S. 372

keine nähere Aufmerksamkeit gewidmet hatte, manches, was sich als Bedingung oder Auflage gebe, gehöre in Wahrheit zu keiner dieser Kategorien. Oft erteile z. B. die Behörde eine Baugenehmigung unter gewissen Bedingungen und Auflagen, die nichts anderes seien als Änderungen des eingereichten Planes; statt des eingereichten Planes X werde der Plan X a genehmigt und damit eine Erlaubnis mit Versagung einer Einzelheit erteilt. Und Scholz ⁴²⁾, der den Jellinekschen Standpunkt teilt, formuliert, "daß mit der in einer Berichtigung des Bauvorhabens bestehenden Maßgabe die Baugenehmigung für das Bauvorhaben in seiner ursprünglichen Gestalt abgelehnt, zugleich aber, ohne ein weiteres Baugesuch abzuwarten, für ein abgeändertes Bauvorhaben erteilt wird". Das ist nun sicherlich richtig, darf aber nicht so verstanden werden, als sei gerade die Koppelung von Ablehnung und Gewährung das die Beschränkung gegenüber der Bedingung auszeichnende Merkmal. Prüft man z. B. das von Scholz für das Vorliegen einer echten Bedingung gegebene Beispiel ⁴³⁾ einer Baugenehmigung, die mit der Maßgabe erteilt worden ist, daß vor dem Anfange der Bauausführung die Bewilligung einer Ausnahme von dem ortsstatutarischen Bauverbot beigebracht werden müsse, so kann man darin einmal die Versagung der Bauerlaubnis für den zu prüfenden und zugleich ihre Erteilung für einen angenommenen Sachverhalt (bezogen jeweils auf die not-

41) KritVJS Bd. 50,301; vgl. auch Lehrbuch S. 261.

42) VerwArch 24,184 (225)

43) VerwArch 23,211 (255)

wendige Dispensgewährung) erblicken. Andererseits ließe sich in dem von W. Jellinek gebildeten Fall - legt man die Definition der h. M. zugrunde - dann von der Beifügung einer Bedingung sprechen, wenn man in der Abänderung der Bauunterlagen durch die Behörde die Erteilung der Bauerlaubnis für den Fall sieht, daß der Antragsteller eine derart abgeänderte Erlaubnis begehren sollte ⁴⁴⁾, wobei man in der Aufnahme der Bauarbeiten eine den Antrag ersetzende stillschweigende Zustimmung zu den von der Behörde angebrachten Änderungen erblicken könnte ⁴⁵⁾.

Hier offenbart sich somit wiederum, daß die Scheidung in inhalts- und wirksamkeitsbestimmende Tatbestandsteile keinem apriori entspricht, aus dem sich überzeugende begriffliche Unterscheidungen ableiten lassen und daß sie sich - wenn überhaupt - in reiner Form nur bei einer abstrahierenden Betrachtungsweise durchführen läßt.

3. Ein Verwaltungsakt ist befristet, wenn die mit ihm vorgenommene Rechtsgestaltung nach Anfang oder Ende oder in ihrer zeitlichen Dauer bestimmt ist ⁴⁶⁾. Damit ist die Befristung als Rechtsfigur vom Bedingungsbegriff durch das ihr eigene Merkmal von der Gewißheit eines künftig eintretenden Ereignisses abgesetzt.

44) Es liegt dann im Hinblick auf die in Anm. 3 vertretene Ansicht eine *condicio iuris* vor. Vgl. dazu auch Siebecke S. 35

45) vgl. Wolff, VerwR I § 48 II a 2; die von W. Jellinek und Scholz vertretene Ansicht Hottinger S. 33 nennt sie die Ersatztheorie - war natürlich dem Vorwurfe ausgesetzt, wie es denn möglich sei, dem Baulustigen eine Bauerlaubnis zu erteilen, die er gar nicht beantragt habe. Rudorff S. 36 will daher eine nach vorheriger Berichtigung der Bauunterlagen erteilte Baugenehmigung noch als durch den Bauantrag des Bauherrn gedeckt ansehen (ebenso, wenn auch mit anderer Begründung, Alt S.

4. Fraglich ist dagegen wiederum, ob der Widerrufs-
vorbehalt gegenüber dem Bedingungs-begriff eine
selbständige Kategorie darstellt oder ob es sich
dabei nur um eine wegen ihrer verwaltungsrecht-
lichen Bedeutung besonders herausgestellte Unter-
art der auflösenden Bedingung handelt.
- a) Die h. M. vertritt die letztere Ansicht ⁴⁷⁾. Sie
knüpft dabei an die zivilrechtliche Lehre von der
sogenannten Wollensbedingung ⁴⁸⁾ an, bei der das
bedingende Ereignis in dem Wollen eines Beteilig-
ten besteht. Diese sich insbesondere auf die Re-
gelung des Probekaufs (§ 495 BGB) stützende Auf-
fassung steht jedoch im übrigen in unvereinbarem
Gegensatz zu der Annahme, daß die Bedingung nur
die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts beeinflusse,
nicht aber seinen Inhalt. Wird nämlich der Wille
entsprechend dem mit der Wollensbedingung zunächst
gemachten Vorbehalt tatsächlich betätigt, so liegt
darin - wie die im Zivilrecht h. L. auch zugibt ⁴⁹⁾
nicht nur eine bloße Mitteilung oder Meinungskund-
gabe, vielmehr ist der so geäußerte Wille Gel-
tungserklärung ⁵⁰⁾, d. h. eine auf die Herbeifüh-
rung eines Rechtserfolges gerichtete rechtsge-
schäftliche Willenserklärung. Genauso ist mutatis
mutandis die Situation beim Widerrufsvorbehalt ⁵¹⁾.
Fügt die Behörde diesen einen begünstigenden Ver-

44 f.). Diese Auffassung ist sicherlich eben-
so bedenklich wie die Meinung von Scholz in
VerwArch 24, 184 (207 Anm. 51 und 222), die
Rechtswirksamkeit der Bauerlaubnis sei weder
durch einen Antrag, noch durch eine Zustim-
mung des Bauherrn bedingt. Vgl. dazu Siebecke
S. 14 und 88; Salzwedel S. 48 f.; Wolff,
VerwR I § 48 II a 2 und 3 und § 50 I c 2 einer-
seits, Bachof, Verfassungsrecht I S. 250 f. an-
dererseits

- 46) Kormann S. 147; Giacometti S. 367; § 28 Abs. 1
Nr. 2 EVwVerfG (1963); Wolff, VerwR I § 49 I
a; Merk S. 852; W. Jellinek, Lehrbuch S. 261;
Antoniolli S. 208; Scheerbarth S. 378

waltungsakt bei, so will sie sich damit regelmä-
Big nur die Möglichkeit jederzeitiger späterer
Beseitigung des Verwaltungsaktes offenhalten, oh-
ne in diesem Falle eine Entschädigung an den Be-
troffenen leisten zu müssen ⁵²⁾.

- b) Eine Geltungsanordnung für den Fall der Ausübung
des Widerrufsvorbehalts liegt darin umso weniger,
als der Widerrufsvorbehalt für sich allein weder
einen selbständigen Widerrufsgrund bildet ⁵³⁾ noch
notwendige Voraussetzung für einen Widerruf ist ⁵⁴⁾.

47) v. Münch in JZ 1964, 53 (56); Scheerbarth S. 74;

47) v. Münch in JZ 1964, 53 (56); Scheerbarth S.
101; Giacometti S. 366; Ipsen S. 150; Peters
S. 163; Hangartner S. 156; H. R. Huber S. 26;
Sulser S. 8/9; v. Mangoldt in VerwArch 37, 101
(119); Wolff, VerwR I § 49 I c - zweifelnd
Antoniolli S. 208 Anm. 39. Dagegen rücken
Merk S. 859 und Kormann S. 148 den Widerrufs-
vorbehalt mehr in die Nähe der Befristung.

48) Lehmann-Hübner S. 281; Enneccerus-Nipperdey
§ 194 IV 3 (S. 1190); Ipsen S. 149/150; je-
weils mit weiteren Nachweisen

49) Enneccerus-Lehmann § 115 II 2 (S. 468); Pa-
landt-Putzo § 495 Anm. 2; Larenz II S. 99

50) Larenz II S. 100 und 102; vgl. auch Böttcher,
Gestaltungsrecht S. 45 f.

51) vgl. auch Gerber in VerwArch 36, 1 (67)

52) Wolff, VerwR I § 49 I c

53) Dem Widerrufsvorbehalt ist bislang - sofern
ihm nicht überhaupt nur deklaratorische Wir-
kung beigemessen wird (so Ipsen S. 158; Kor-
mann S. 333; Schoen S. 124; Württ.-Bad. VGH,
Urteil vom 11. September 1956 in BSVGH 6, 152
(154); der Sache nach auch Peters S. 163) -
nur Bedeutung für die Regelung der Beweislast
beigemessen worden: So Forsthoff, Lehrbuch S.
257; Haucisen in NJW 1955, 1457 (1460); Sommer
in DÖV 1954, 685 (687). Neuerdings sieht man
aber auch den Sinn seiner Beifügung darin,
daß diese sich bei der dem Widerruf vorange-
henden Interessenabwägung zugunsten des öf-
fentlichen Interesses auswirke: So v. Münch in
JZ 1964, 121 (124) mit weiteren Nachweisen aus
der Rechtsprechung; ähnlich Jung in DVBl 1957,
708 (711); Drews-Wacke S. 326

54) vgl. z. B. die in § 24 nWOG angegebenen Wider-
rufsgründe

Im übrigen ist zu bedenken, daß die Ausübung des Widerrufsvorbehalts ihrerseits einen Verwaltungsakt darstellt. Die gegenüber dem den wahren Rechtsgehalt verdunkelnden Begriff der "Wollensbedingung" in neuerer Zeit im Zivilrecht ins Feld geführten Argumente ⁵⁵⁾ sollten daher auch im öffentlichen Recht fruchtbar gemacht werden und zur Anerkennung des Widerrufsvorbehalts als eines von der Bedingung gesonderten Rechtsinstituts führen.

55) vgl. Larenz II S. 102 mit weiteren Nachweisen in Anm. 5; Bötticher, Gestaltungsrecht S. 45 f.

Z w e i t e r T e i l

Übersicht über die bislang in der Rechtslehre angestellten Versuche, Kriterien für die Bedingungsfeindlichkeit von Verwaltungsakten zu finden - Kritik dieser Versuche

§ 3 Aus dem "Wesen" der Bedingung bzw. des Verwaltungsakts hergeleitete Kriterien

I. Nachdem über Begriff und Bedeutung der Bedingung im öffentlichen Recht nicht mehr gestritten wird und allenfalls noch die Beantwortung der immer wieder auftauchenden Frage Schwierigkeiten bereitet, ob dann, wenn in Gesetzen oder in der Verwaltungspraxis von "Bedingung" die Rede ist, dieser Begriff sachlich richtig verwendet worden ist, hat sich das Interesse der Verwaltungsrechtswissenschaft vornehmlich dem Problem der Zulässigkeit von Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten zugewendet.

Die in dieser Hinsicht angestellten Überlegungen wollen einerseits zu einer Systematik derjenigen Verwaltungsakte führen, die überhaupt nicht mit einer Bedingung versehen werden können, und andererseits die Frage beantworten, welche Möglichkeiten des Einsatzes der Bedingung in dem verbleibenden Bereich bestehen.

Im letzteren Punkte hat man dabei das Problem als die Frage nach dem sachlichen inneren Zusammenhang von Verwaltungsakt und beigelegter

Nebenbestimmung erkannt ¹⁾. So heißt es etwa in § 67 EWVRO: "Einem Verwaltungsakt können nur solche Nebenbestimmungen beigelegt werden, die in seiner Zweckbestimmung begründet sind." Derselbe Gedanke ist in § 28 Abs. 3 EVwVerfG 1963 negativ formuliert: "Eine Nebenbestimmung darf der Zweckbestimmung des Verwaltungsaktes nicht zuwider laufen." ²⁾

Die vorliegende Untersuchung hat dagegen nur der Frage nachzugehen, welche Gruppen von Verwaltungsakten die Beilegung einer Bedingung generell nicht dulden und welche rechtlichen Gründe diese Bedingungsfeindlichkeit hat. Während in verschie-

- 1) vgl. etwa den Titel der Arbeit von H. R. Huber und dort vor allem S. 90 ff.; ferner Scheerbarth S. 368; Andersen S. 345 f.; Salzwedel S. 49; Eyermann-Fröhler VwGO § 42 Anh. Rdn. 23
- 2) wörtlich übereinstimmend: § 107 Abs. 3 schlhLVwG; vgl. ferner § 16 Abs. 1 PBefG; § 13 Abs. 1 GHEG; § 30 Abs. 1 AWG sowie § 6 Abs. 3 BBauG - In der zuletzt genannten Bestimmung ist zwar von Auflagen die Rede, der Sache nach handelt es sich jedoch um Bedingungen (wobei an dieser Stelle der Unterschied zwischen Bedingung und Beschränkung außer Acht bleiben soll; vgl. dazu die Ausführungen auf S. 106 dieser Arbeit). Anderenfalls wäre die Vorschrift offenbar sinnwidrig. Da durch die Genehmigung weder etwaige Mängel des bei der Planaufstellung zu beachtenden Verfahrens ausgeräumt noch Verstöße gegen höherrangige Rechtsvorschriften geheilt werden können, ließe sich eine dadurch verursachte Nichtigkeit des so bekanntgemachten Planes nicht durch nachträgliche Erfüllung von Genehmigungsaufgaben wieder wettmachen. Vielmehr müssen - und zwar regelmäßig durch erneute Beschlußfassung des Rates der Gemeinde - die im Genehmigungsverfahren festgestellten Fehler der in § 6 Abs. 2 BBauG bezeichneten Art beseitigt werden, bevor die öffentliche Auslegung des Planes nach § 12 BBauG erfolgen kann. Wollte man daher den Gesetzgeber "beim Wort nehmen", so müßte man ihm unterstellen, daß er der höheren Verwaltungsbehörde die Befugnis habe einräumen wollen, auch einen rechtswidrigen Planbeschluß schon zu genehmigen, sofern die Beseitigung der bestehenden Mängel vor der Bekanntmachung des Planes durch entsprechende Auflagen sichergestellt er-

denen gesetzlichen Vorschriften Widerrufsvorbehalt und Befristung als mögliche Nebenbestimmungen zu Erlaubnissen oder Verleihungen ausdrücklich ausgeschlossen werden ³⁾, fehlen so gut wie ganz entsprechende Bestimmungen bezüglich der Bedingung ⁴⁾. Gleichwohl gibt es so etwas wie eine Bedingungsfeindlichkeit kraft der Natur der Sache. Es wird zu prüfen sein, welche Sachgesetzmäßigkeiten sich hinter dieser allgemeinen Umschreibung verbergen.

1. Die bisher zu dieser Frage angestellten Überlegungen beruhen mehr oder weniger deutlich auf der unausgesprochenen Annahme, daß sich vom Begriff der Bedingung und des Verwaltungsaktes her durch logisches Operieren bestimmte Kategorien von bedingungsfeindlichen Verwaltungsakten finden ließen, wobei die Ableitung des Bedingungsbegriffs im öffentlichen Recht von zivilrechtlichen Ausgangspunkten her die Methode dieser Versuche maßgeblich beeinflußt. Das ist insbesondere bei Kormann zu bemerken, in dessen System die Anlehnung an die zivilistische Begriffsbildung besonders ausgeprägt ist ⁵⁾.

Er kennt nicht nur das Institut des publizistischen Rechtsgeschäfts ⁶⁾, das von ihm als Verwaltungsakt im engeren Sinne bezeichnet ⁷⁾ und in Anknüpfung an den Rechtsgeschäftsbegriff des BGB als eine Handlung gekennzeichnet wird, die eine von einem Träger öffentlicher Rechte und Pflichten abgegebene Willenserklärung zum Inhalt hat und deren Rechtswirkungen sich nach diesem Willen bestimmen ⁸⁾, sondern

scheint (so allerdings Gelzer, Bauplanungsrecht S. 79). Eine derartige Auslegung würde jedoch dem Sinn des Genehmigungsverfahrens als einer präventiven Rechtmäßigkeitskontrolle widersprechen. Wenn daher Schrödter, § 6 BBauG Rdz. 8 ausführt, daß die Erteilung einer Genehmigung nach § 6 Abs. 3 BauG bedeute, daß der vorgelegte Plan in Kraft treten könne, wenn die Gemeinde den Auflagen nachkomme, so ist dies im Hinblick darauf richtig, daß der Gesetzgeber der Sache nach "Bedingungen" meint, wenn er von "Auflagen" spricht. Freilich vertritt Schrödter a.a.O. die Ansicht, daß § 6 Abs. 3 BBauG die Erteilung einer Genehmigung unter Bedingungen ausschließe (ebenso

auch sogenannte rechtshandlungsmäßige Verwaltungsakte ⁹⁾, worunter er diejenigen juristischen Handlungen öffentlichrechtlicher Art versteht, die zwar im Gegensatz zu den rein tatsächlichen Akten unmittelbar rechtserheblich sind, deren rechtliche Wirkungen aber ohne Rücksicht auf den Willen des Handelnden eintreten. Zu dieser Gruppe zählt er auch die Beurkundungen und Bescheinigungen ¹⁰⁾. Bei ihnen ist - nach Kormann ¹¹⁾ die Beifügung einer Bedingung schon begrifflich ausgeschlossen, "denn wo der Wille die Wirkungen überhaupt nicht bestimmt, kann er auch nicht eine bedingte Wirkung bestimmen".

Nun gibt es natürlich insofern keine bedingte Beurkundung, soweit die Handlung als solche infrage steht, die nur entweder ist oder nicht ist. Das bedeutet jedoch nicht, daß die Beurkundung nicht in Bezug auf die ihr innewohnende Beweiskraft bedingt sein könnte. So wurde etwa nach der Praxis der Gemeinden der dem Bauherrn zu Kreditzwecken ausgestellten Anliegerbeitragsbescheinigung im allgemeinen der Satz angefügt, daß sie bei einer Gesetzesänderung ihre Gültigkeit verliere - ein Zusatz, der sich materiell als auflösende Bedingung darstellt ¹²⁾. Was im übrigen die Art des Kormannschen Folgerns angeht ^{12 a)}, so ist sie reine Begriffjurisprudenz und beruht auf einer Axiomatik, die

Heitzer-Oestreicher § 6 Anm. 2b). Genau das Gegenteil ist richtig.

3) z.B. § 3 Abs. 4 GastG; § 15 Abs. 2 PBefG

4) siehe neuerdings etwa § 8 Abs. 2 AuslG

5) vgl. dazu Obermayer, Verwaltungsakt S. 29 f.; Rupp S. 10 N. 34

6) S. 15 f.; 18; 20 und passim

7) S. 26

8) S. 18/19

9) S. 22, 124 ff.

10) In Wirklichkeit handelt es sich dabei überwiegend um echte Verwaltungsakte - vgl. etwa Simon in DVBl 1956, 355 ff.; Giacometti S. 355; Imboden, Nichtiger Staatsakt S. 17; Jellinek, Lehr-

von Fritz von Hippel für das Zivilrecht einer scharfen Kritik unterzogen worden ist ¹³⁾.

2. Die Anknüpfung an das Willensmoment im Verwaltungsrecht ist auch nach Kormann für die h. L. ein wichtiger Ansatzpunkt zur Bestimmung bedingungsfeindlicher Verwaltungsakte geblieben. So führt etwa Otto Mayer noch in der dritten, im Jahre 1924 erschienenen Auflage des ersten Bandes seines Deutschen Verwaltungsrechts aus ¹⁴⁾: "Nebenbestimmungen sind nur möglich, soweit der Behörde Spielraum dafür gelassen ist, also jedenfalls nicht, wo schlechthin ein Recht auf Erlaubniserteilung besteht" und Forsthoff ¹⁵⁾ formuliert diesen Gedanken dahingehend, daß Nebenbestimmungen nur dort Platz greifen dürften, wo die Verwaltung nach ihrem Ermessen tätig werde. Sei eine Behörde bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen verpflichtet, eine Erlaubnis zu erteilen, so dürfe dies nicht unter einer Bedingung geschehen. Auflagen seien nur insofern zulässig, als sie der Erfüllung der gesetzlichen Erfordernisse dienen ¹⁶⁾.

Der hinter dieser These stehende Gedanke ist folgender: Ist durch gesetzliche Vorschrift festgelegt, unter welchen Voraussetzungen ein Verwaltungsakt ergehen muß, ist also der Behörde ein Ermessensspielraum nicht eingeräumt, so bleibt ihr auch keine Möglichkeit mehr, nach ihrem

buch S. 260; Herrmann S. 272; Obermayer, Verwaltungsakt S. 71; Höhn S. 19 f. und S. 25 f.; RessVGH, Beschluß vom 27. August 1953 in DÖV 1954, 378 = VerwRspr 6, 507; Antonioli S. 197

- 11) S. 149
12) vgl. die Beispiele bei Höhn S. 42
12a) Zur Kennzeichnung der Methode Kormanns vgl. die treffenden Bemerkungen bei Rupp S. 10 Anm. 34
13) Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie
14) VerwR I S. 248
15) Lehrbuch S. 210
16) Die hier vorgenommene Differenzierung zwischen der Zulässigkeit von Bedingung und Auflage wirkt freilich wenig überzeugend.

Willen über Eintritt oder Dauer der Rechtsfolgen zu befinden. Sie ist gebunden; für die Beifügung einer Bedingung besteht kein Raum mehr ¹⁷⁾.

Daran ist soviel richtig, daß die Verwaltung eine gebundene Erlaubnis erteilen muß, wenn die nach dem Gesetz geforderten Voraussetzungen vorliegen, obwohl das nicht heißt, daß eine gleichwohl beigefügte Bedingung schlechthin unbeachtlich wäre. Die entscheidende Frage ist aber doch, ob eine gebundene Erlaubnis auch dann schon erteilt werden darf, wenn ein im Gesetz genanntes Tatbestandsstück noch nicht vorliegt, indem seine Verwirklichung zum Inhalt einer der Erlaubnis beigefügten aufschiebenden Bedingung gemacht wird. Die von der Antithetik der Freiheit und Gebundenheit der Verwaltung her argumentierende Meinung gerät hierbei leicht in die Versuchung, derartige Bedingungen als *condiciones iuris* abzustempeln und damit aus der weiteren Betrachtung auszuschalten ¹⁸⁾, ein Vorgehen, auf dessen Bedenklichkeit bereits hingewiesen wurde ¹⁹⁾. So meint etwa Giacometti ²⁰⁾, daß die Bedingung für die Konkretisierung von rechtssatzmäßigen öffentlichen Pflichten, welche das Gesetz zum obligatorischen Inhalt von begünstigenden Verwaltungsakten

17) vgl. etwa Andersen S. 342, 344; EwVRO Begründung S. 236; v. Mangoldt in VerwArch 37, 101 (119/120); Hangartner S. 153; Sulser S. 6; Scheerbarth S. 369; Giacometti S. 368/369; Nebinger S. 206; Fleiner S. 188; Antoniolli S. 206 - dagegen ablehnend: Hofacker S. 32; Scholz in VerwArch 23, 211 (250 insb. Anm. 95); Eisentraut S. 15 und wohl auch Drews-Wacke S. 319

18) vgl. v. Mangoldt in VerwArch 37, 101 (106); Hangartner S. 154; Kormann S. 136; selbst Rudorff S. 30 und Hottinger S. 20 f., die im Gegensatz dazu die besondere rechtliche Bedeutung von Bedingungen, die im Hinblick auf die an den Erlaß eines Verwaltungsaktes gestellten gesetzlichen Anforderungen ergangen

erkläre, nicht das richtige rechtstechnische Mittel sei. Von einer "echten" Bedingung könne man vielmehr nur da sprechen, wo diese von der Verwaltungsbehörde kraft freien Ermessens der Verfügung mitgegeben werde. Diese Unterscheidung erscheint wenig einleuchtend; sie zerreißt Zusammengehöriges, weil sie dort einseitig auf den Grad der Rechtsgebundenheit der Verwaltung abstellt, wo in Wirklichkeit eine bestimmte - für den gesamten Bereich des Verwaltungsrechtshandelns bedeutsame - Form der Rechtsanwendung infrage steht.

Das ProVG ²¹⁾ glaubte sogar, in der Unterscheidung zwischen freien und gebundenen Erlaubnissen das Kriterium für die Lösung der Frage gefunden zu haben, ob im Einzelfall eine Bedingung oder eine Auflage vorliege. Bei einer freien Erlaubnis seien - so meint das Gericht - alle in den Grenzen des freien Ermessens hinzugefügten "Auflagen" in Wahrheit Bedingungen und damit integrierende Teile der Erlaubnis selbst, während sich die einer gebundenen Erlaubnis hinzugefügten "Bedingungen" in Wahrheit regelmäßig als Auflagen darstellten ²²⁾. Beide Gleichungen gehen nicht auf ²³⁾, sie beruhen im übrigen ersichtlich auf der verfehlten Annahme, daß Raum für die Beifügung einer Bedingung nur da bestehe, wo der Verwaltung ein Ermessensspielraum eingeräumt sei. Diese These ist bezeichnenderweise zuerst für das Baurecht nicht akzeptiert worden ²⁴⁾,

sind, betonen, sprechen ebenfalls in diesem Zusammenhang ganz unbefangen von *condiciones iuris*.

19) S. 4 f.

20) S. 372/373

21) Urteil vom 3. Oktober 1929 in ProVGE 85,263 (267)

22) Für die Auffassung des ProVG im Sinne einer Faustregel: Merk S. 850

23) vgl. hinsichtlich der Zuordnung der Auflage zur gebundenen Erlaubnis die Kritik bei v. Mangoldt in VerwArch 37,101 (114 f.)

da nicht zu übersehen war, daß trotz der Kennzeichnung der Baugenehmigung als einer gebundenen Erlaubnis ²⁵⁾ es nicht selten war, daß dieser echten Bedingungen beigelegt wurden ²⁶⁾. Freilich konnte dadurch die h. M. nicht erschüttert werden. Sie gelangte vielmehr in § 67 Abs. 2 EWVRO sogar zu Kodifikationsehren. Die von Hofacker an dieser Bestimmung aus der Sicht des Praktikers geübte Kritik ²⁷⁾ wurde gar nicht mehr verstanden, so fest war mittlerweile der Ausgangspunkt von der "Gebundenheit und Freiheit der Verwaltung" fixiert ²⁸⁾. Trotzdem überzeugt er nicht. Die Verbindung der Bedingung mit dem Willensmoment ist auf eine spezifisch zivilrechtliche Problematik zugeschnitten. Der Versuch im öffentlichen Recht ebenso zu verfahren - gefördert durch die Behauptung, der Bedingungsbegriff des Zivilrechts lasse sich ohne weiteres auch auf das öffentliche Recht übertragen, weil es sich dabei um eine allen Rechtsgebieten gemeinsame "Denkform" handle ²⁹⁾ - mußte dort sachlogisch zusammenhängende Strukturen auseinander reißen.

Mag nämlich im Zivilrecht durchaus die Annahme zutreffen, daß im Rahmen der von den Gesetzen gezogenen Schranken der einzelne seine Lebensverhältnisse nach Willkür und Belieben rechtlich gestalten kann, und deshalb sein Wille der entschei-

24) Rudorff S. 23, 30, 32; Hottinger S. 20 f. - beide sprechen freilich insoweit noch von *condiciones iuris* - und Scholz in VerwArch 23, 211 (250 insb. Anm. 95)

25) Scheerbarth S. 352

26) Wenn in diesem Zusammenhange Drews-Wacke S. 319 ausführen, daß bei gebundenen Erlaubnissen nur solche Bedingungen zulässig seien, die in Wahrheit in den festgesetzten gebundenen (?) Voraussetzungen schon enthalten sind und diese daher lediglich verdeutlichen, so ist das zumindest mißverständlich ausgedrückt. Derartige Bedingungen haben durchaus einen eigenen Rechtswert. Mit ihnen soll sichergestellt werden, daß nicht eine gegen ge-

dende Anknüpfungspunkt für den Rechtserfolg sein, so erscheint eine solche Betrachtungsweise für das öffentliche Recht, wo es in erster Linie um die Verwirklichung eines von der Verfassung oder vom Gesetzgeber vorgezeichneten Rechtswertes geht, als durchaus verfehlt, wie kaum näher dargelegt zu werden braucht ^{29a)}. Das gilt auch - wie im einzelnen noch näher auszuführen sein wird ^{29b)} - für die Ermessensakte der Verwaltungsbehörden. Ist doch das Ermessen stets pflichtgebunden auszuüben und damit das genaue Gegenteil von Willkür und Belieben ^{29c)}. Der "Wille" der Verwaltung kann also immer nur auf die Konkretisierung eines Rechtswertes gerichtet sein, denn die Verwaltung wird rechtpflegerisch ³⁰⁾ tätig und dient der Erhaltung und Verwirklichung des Rechts ³¹⁾. Nur deshalb ist es auch sinnvoll, die Frage nach der Gültigkeit eines Verwaltungsaktes zu trennen von der Frage nach seiner Rechtmäßigkeit ³²⁾. Die ganz andere Funktion des Verwaltungsaktes im Vergleich zum bürgerlichen Rechtsgeschäft muß daher dazu führen, daß sich auch der Rahmen für den möglichen Einsatz der Bedingung im öffentlichen Recht nicht durch aus dem Zivilrecht entlehnte Kriterien, die gar nicht am Zwecke des Verwaltungshandelns orientiert sein können, bestimmen läßt. Nur wenn man dies nicht beachtet, wird man gebundene Erlaubnisse für apriori bedingungsfeindlich halten, obwohl insoweit gegenüber der freien Erlaubnis lediglich der Unterschied besteht, daß der mögliche Inhalt einer beizufügenden Bedingung vom Gesetz stärker determiniert ist. Und nur dann, wenn man glaubt, daß auch im öffentlichen Recht der Begriff der condicio iuris ebenso wie im Zivilrecht die Grenzen absteckt, in-

setzliche Vorschriften verstoßende Erlaubnis erteilt wird. Gerade das geschähe nämlich, wenn eine etwa notwendig werdende Beifügung einer Bedingung zu der gebundenen Erlaubnis im Einzelfall unterbliebe.

27) S. 32

28) vgl. etwa v. Mangoldt in VerwArch 37, 101 (119 Anm. 52); richtig gefaßt ist dagegen § 107 Abs. 2 schhLVwG

29) vgl. S. 3 Anm. 9 dieser Arbeit

29a) vgl. auch Roellecke in DÖV 1968, 333 (336)

29b) vgl. S. 60 ff. dieser Arbeit

29c) vgl. Wolff, VerwR I § 31 II c 3

nerhalb derer der "Wille" vom Gesetz nicht eingeschränkt ist, kann man Bedingungen, die auf den Eintritt einer noch ausstehenden gesetzlichen Voraussetzung gestellt sind, als *condiciones iuris* ansehen; freilich nur um den Preis, daß dieser Begriff nun nicht mehr nur im Rahmen der Problematik der Gültigkeit, sondern auch der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes bedeutsam ist und dadurch jede Schärfe verliert.

Die These, gebundene Verwaltungsakte seien bedingungsfeindlich ist also zu weit, weil sie nur für den Fall zutrifft, daß die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen für den Erlass eines Verwaltungsaktes im Einzelfall vorliegen. Auf diese Aussage reduziert spricht sie jedoch etwas sich von selbst Verstehendes aus und bietet im übrigen gerade kein Kriterium für das Vorliegen von generell bedingungsfeindlichen Verwaltungsakten, Sie weist darüber hinaus den Nachteil auf, daß sie sich nicht umkehren läßt. Viele Verwaltungsakte, deren Erlass im Ermessen der Verwaltung steht, sind gleichwohl bedingungsfeindlich. Als Beispiel mag die Einbürgerung genannt werden, bei der einerseits ein besonders großer Ermessensspielraum besteht ³³⁾, andererseits die Beifügung einer Bedingung aber nicht zulässig ist ³⁴⁾.

30) zu dieser Terminologie vgl. S. 3 Anm. 2 dieser Arbeit

31) Wolff, VerwR I § 19 I a 3; Forsthoff, Lehrbuch S. 3 ff.; Jesch, Bindung S. 111; Giacometti S. 31 ff., 39; Menger in JZ 1961, 431; Scheuner in VerwArch 33, 68 (71 und 73)

32) vgl. dazu insb. Burckhardt, Organisation S. 253 f.

33) BVerwG, Urteil vom 25. November 1965 in DÖV 1966, 240 und Urteil vom 27. Februar 1957 in BVerwGE 4, 298 (300) = DÖV 1957, 341

34) Merk S. 848; Kormann S. 153; Peters S. 161; Wolff, VerwR I § 49 II a; Fleiner S. 188 Anm. 25

Das Kriterium der rechtlichen Gebundenheit eines Verwaltungsaktes erscheint nach alledem wenig tauglich, um die Lösung des Problems der bedingungsfeindlichen Verwaltungsakte zu fördern.

§ 4 Die vorgebliche Bedingungsfeindlichkeit feststellender Verwaltungsakte

- II. Ein anderer Ansatzpunkt, durch logisch-systematisches Vorgehen die Bedingungsfeindlichkeit bestimmter Verwaltungsakte zu erklären, liegt in der Überlegung, daß die Bedingung als Gestaltungsmitel da nicht eingesetzt werden kann, wo sich dies begrifflich schon vom Inhalte des betreffenden Verwaltungsaktes her verbietet.

Ein derartiger Gegensatz soll insbesondere dann vorliegen, wenn der Verwaltungsakt feststellender Natur ist. Die dafür gegebenen Begründungen sind verschieden.

Ausgangspunkt ist dabei die Überlegung, daß der feststellende Verwaltungsakt eine besondere Nähe zum gerichtlichen Urteil aufweise und wie dieses Erkenntnisakt sei ³⁵⁾. Daraus wird weiter der Schluß gezogen, daß jede Feststellung eine rein logische Operation darstelle ³⁶⁾, so daß immer nur eine Entscheidung getroffen werden könne, ein Ja oder ein Nein. Damit scheint eine bedingte Feststellung ein Widerspruch in sich zu sein und die Bedingungsfeindlichkeit feststellender Verwaltungsakte dargetan ³⁷⁾. Dieser Ansicht ist zunächst entgegenzuhalten, daß sie nicht genau genug zwischen dem Urteil im logischen Sinne und dem Urteil im juristischen Sinne unterscheidet. Erfüllt der zu beurteilende konkrete Lebenssach-

35) Bernatzik, Rechtsprechung S. 8; Coester S. 28; v. Turegg (3) S. 128; Forsthoff, Lehrbuch S. 248; ferner Flume, Steuerwesen und Rechtsordnung S. 85, der zwischen Handlungsnormen einerseits und Sachentscheidungsnormen andererseits unterscheidet, sowie die Angaben bei Klein in VerwArch 45,49 (60)

verhält nicht die begrifflichen Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes, so bleibt in der Tat nur der logische Schluß, daß die in der angewendeten Vorschrift vorgesehene Rechtsfolge nicht eingetreten ist. Damit ist jedoch keineswegs die hier allein interessierende Frage beantwortet, ob nicht doch eine Bewertung des - nunmehr nur als Teil eines erst im Werden begriffenen Vorganges verstandenen - Sachverhalts dahingehend möglich ist, daß über die Rechtsfolge in Form eines juristisch bedeutsamen hypothetischen Urteils ~~gefunden~~ ^{gefunden} werden kann. Im übrigen ist bei der Auseinandersetzung mit der hier kritisierten Auffassung festzuhalten, daß der Akt der Feststellung selbst natürlich nicht bedingt sein kann. Insofern handelt es sich freilich bloß um das Aufrollen einer im Zivilrecht längst überwundenen Kontroverse, was denn bei einer unter einer Bedingung abgegebenen Willenserklärung eigentlich bedingt sei, der Wille oder das Gewollte ³⁸⁾. Dagegen läßt sich nicht verkennen, daß der Gegenstand der Feststellung durchaus eine bedingte Struktur aufweisen kann. Inhalt einer Feststellung können nicht nur reale Dinge sein, sondern auch Beziehungen, Verhältnisse, Zustände und Vorgänge sowie irreale Gebilde ³⁹⁾. Sie stellen dann zwar nicht das Prädikat des Urteilssatzes "fest", wohl aber, daß die gedachte Beziehung zwischen Subjekt und Prädikat besteht. Diese Beziehung ist im natur-

36) Bernatzik, Gutachten S. 38; Schanze in ZBlFG 1917, 361 (371/372); vgl. auch Hangartner S. 128

37) vgl. etwa den Gedankengang bei Hangartner S. 153: Feststellende Verwaltungsakte seien deshalb bedingungsfeindlich, weil die Verwaltung zu der Entscheidung verpflichtet sei, die die richtige Rechtsanwendung ergebe.

38) vgl. einerseits Fitting in AcP 39, 305 (336) und Arndts S. 76; andererseits Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 177

39) vgl. Engisch, Logische Studien S. 24 Anm. 3; Sauer S. 165 spricht bezeichnenderweise sogar von zukünftigen und hypothetischen Tatsachen.

wissenschaftlichen Bereich kausaler, in der Rechtswissenschaft konditionaler Art. Ergibt daher die Subsumtion eines zu bewertenden Sachverhalts unter den Tatbestand der anzuwendenden Rechtsnorm, daß deren Voraussetzungen noch nicht vollständig vorliegen, so ist es zumindest logisch möglich festzustellen, daß die Rechtsfolge der angewendeten Rechtsnorm eintreten wird, wenn die noch ausstehenden Tatbestandsmerkmale verwirklicht werden sollten. Wollte man dies leugnen, so würde man den beurteilten Sachverhalt nicht genügend von der Beurteilung scheiden ⁴⁰⁾. Die erwähnte Feststellung weist auch eine bedingte Struktur auf, sofern man im rein logischen Sinne unter einer Bedingung jeden Zusatz zu einem Gedanken versteht, der dessen Gültigkeit für einen gewissen Fall ausschließt ⁴¹⁾. Wird die genannte Feststellung zum Inhalt eines Verwaltungsaktes gemacht, so schlägt die logische in eine juristische Bedingtheit um. Die dem Verwaltungsakt zukommende Verbindlichkeit ist dann ihrerseits ebenfalls bedingt - und zwar bedingt durch das Eintreten der angegebenen, noch ausstehenden Tatbestandsstücke -, denn die Verbindlichkeit einer Entscheidung kann nicht weitergehen als ihr Inhalt reicht.

Damit ist auch bereits ein weiteres Argument widerlegt, das für die Bedingungsfeindlichkeit feststellender Verwaltungsakte ins Feld geführt wird. Da Gegenstand einer Feststellung nur etwas Vorhandenes sein könne, ließen sich, so folgert man, Feststellungen für die Zukunft nicht treffen ⁴²⁾. Ein feststellender Verwaltungsakt könne

40) vgl. dazu Fritz v. Hippel, Privatautonomie S. 52

41) vgl. Leonhard S. 382

42) Kisch S. 76/77; Lent in ZZP 61,279 (310); Bessler S. 25; Hangartner S. 127; Schanze in ZBlFG 1917,361 (362); Sulser S. 69; W. Jelinek, Gesetz S. 194; demgegenüber spricht Winkler S. 56 von Feststellungsbescheiden, die nur in die Zukunft wirken.

daher nicht mit einer Bedingung versehen werden, da Inhalt jeder Bedingung ein zukünftiges, ungewisses Ereignis sei. Hierzu ist zu sagen, daß die Feststellung, soweit sie ein Existenzurteil darstellt, selbstverständlich nur die Aussage "A ist" oder "A ist nicht" zum Inhalt haben kann. Auch hier ist jedoch daran zu erinnern, daß nicht nur Tatsachen Gegenstand einer Feststellung sein können. Es darf weiterhin nicht übersehen werden, daß der Begriff der Feststellung doppeldeutig ist. Er meint nicht nur, worauf schon Otto Mayer im Anschluß an Kisch hingewiesen hat ⁴³⁾, die Deklaration von etwas Vorhandenem, sondern auch die bindende Regelung einer bestimmten Rechtsbeziehung im Sinne von "Festsetzung". Beide Ebenen dieses Begriffs korrespondieren beim feststellenden Verwaltungsakt miteinander: Das, was durch den feststellenden Verwaltungsakt verbindlich festgesetzt wird, bezieht sich auf das zuvor als "vorhanden" Festgestellte. Ist Gegenstand dieser Feststellung nur ein Konditionalverhältnis, so ist auch die "Festsetzung" nur im Rahmen dieses Konditionalverhältnisses möglich und damit erst "wirksam", wenn die Prämisse der Feststellung sich verwirklicht hat.

Ein Beispiel mag das Gesagte verdeutlichen: Die h. L. erblickt in der Bauerlaubnis einen feststellenden Verwaltungsakt ⁴⁴⁾, mit dem verbindlich festgelegt wird, daß öffentlichrechtliche Hindernisse dem geplanten Bauvorhaben nicht entgegenstehen. Führt nun die Prüfung eines Bauantrages im Einzelfall zu dem Ergebnis, daß die er-

43) vgl. Otto Mayer in AöR 21, 1 (51 N. 69) und Kisch S. 74 N. 61

44) Gelzer in DÖV 1965, 793 (794); Scheerbarth S. 349; BVerwG, Urteil vom 28. Mai 1963 in BVerwGE 16, 116 (120) = NJW 1963, 2089 und Urteil vom 28. November 1957 in DÖV 1958, 80; VGH Kassel, Beschuß vom 12. Juli 1966 in NJW 1966, 2183; Menger-Erichsen in VerwArch 56, 374 (388); Hasclau in

betene Genehmigung nicht erteilt werden kann, weil das Vorhaben gegen eine bestimmte Öffentlichkeitsrechtliche Vorschrift verstößt, das bestehende Hindernis jedoch entfallen würde, wenn der Antragsteller gewisse Veränderungen an seinem Grundstück vornähme, so kann eine Feststellung dahingehend getroffen werden, daß das Bauvorhaben zulässig ist, wenn der Antragsteller sein Grundstück in bestimmter Weise verändert. Dementsprechend wird die Bauerlaubnis unter Beifügung einer diesbezüglichen Bedingung erteilt.

Aus dem Gesagten erhellt, daß auch der für die Bedingungsfeindlichkeit feststellender Verwaltungsakte noch ins Feld geführte Hinweis, durch einen feststellenden Verwaltungsakt solle ein Zustand wirklich "fest"gestellt werden ⁴⁵⁾, nicht stichhaltig ist. Soweit dies damit begründet wird, daß die Behörde zu der Entscheidung verpflichtet sei, die sich bei richtiger Anwendung der infrage kommenden Rechtsvorschriften ergebe, handelt es sich bloß um eine Abwandlung der schon behandelten These, daß dort, wo der Verwaltung vom Gesetzgeber kein Ermessensspielraum eingeräumt werde, Nebenbestimmungen ausgeschlossen seien ⁴⁶⁾. Soll dieses Argument jedoch besagen, daß die Frage, ob eine Feststellung zutrifft oder nicht, nicht von einem außerhalb ihrer selbst liegenden Tatbestand abhängig gemacht werden kann, wird wiederum überssehen, daß Gegenstand einer Feststellung auch die Abhängigkeit einer Rechtsfolge vom Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts sein kann. Im übrigen ist darauf hin-

DÖV 1965,449 (451); Strickstock S. 232 nennt die Bauerlaubnis eine "Unbedenklichkeitsbescheinigung" und mißt ihr ebenfalls feststellenden Charakter zu (S. 233). Rudorff S. 12 meint dagegen, daß eine Baugenehmigung - weil sie unter Bedingungen erteilt werden könne - einen über die bloße Feststellung hinausgehenden Inhalt habe, eine Folgerung, die ganz der Methode der Begriffsjurisprudenz verhaftet ist.

45) Kormann S. 153

46) Diese Gedankenverbindung klingt insbesondere

zuweisen, daß jede Rechtsanwendung durch die dazu berufenen Behörden - auch soweit sie durch feststellende Verwaltungsakte geschieht - eine logische und eine juristische Leistung darstellt ⁴⁷⁾. Zunächst ist der festgestellte Sachverhalt mit dem Tatbestand des anzuwendenden Rechtssatzes zu vergleichen und der logische Schluß daraus zu ziehen ⁴⁸⁾. Die juristische Aufgabe besteht dann darin, die so gewonnene Folgerung für verbindlich zu erklären.

Daraus ergibt sich: Die Einteilung in feststellende und gestaltende Verwaltungsakte beruht nicht auf einer erkenntnistheoretischen Verschiedenheit - es gibt vielmehr keinen Verwaltungsakt, der nicht beides enthielte, Feststellung und Gestaltung ⁴⁹⁾. Ein feststellender Verwaltungsakt ohne Gestaltungswirkung wäre ein Widerspruch in sich; ohne das ihm eigene Moment der Regelung, der verbindlichen rechtsfolgebegründenden Ordnung eines konkreten Lebenssachverhaltes, bliebe er bloßes Gutachten, reine Denkkonstruktion ⁵⁰⁾, eine conclusio, wie sie jeder mit dem Recht Vertraute aus den gesetzten Prämissen ziehen könnte. Andererseits ist kein gestaltender Verwaltungsakt denkbar, in dem nicht **zugleich auch ein feststellendes Element vorhanden wäre, denn sein Erlaß beinhaltet zugleich die Feststellung, daß die dafür erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen vorgelegen haben.** Die ganze Unterscheidung ist daher denn nicht prinzipiell-

an bei Sulser S. 69; Hangartner S. 153; EwVRO Begründung S. 236

47) vgl. Burckhardt, Organisation S. 248 f.

48) Von dem Problem, ob und inwieweit die Rechtsanwendung zugleich ein schöpferischer Vorgang ist, sei hier bewußt abgesehen. Vgl. dazu Lorenz, Methodenlehre S. 61 und 215 ff sowie Bachof, Kontrollfunktion S. 28 mit weiteren Nachweisen

49) Winkler S. 59; EwVRO Begründung S. 208; Fleiner S. 183/184; Kormann S. 73; vgl. zum Problem auch Engisch, Logische Studien S. 3 ff.; Giacometti S. 356; Herrmann S. 277

ler, sondern gradueller Natur ⁵¹⁾, mag auch im Einzelfall der gestaltende oder der feststellende Teil des Verwaltungsaktes überwiegen.

Obwohl dies schon früh erkannt wurde, hat man doch immer wieder nach der Methode der Begriffsjurisprudenz in dieser Differenzierung den Ansatzpunkt für die Lösung bestimmter verwaltungsrechtlicher Probleme, etwa der Frage nach der Widerruflichkeit ⁵²⁾ oder der Rechtskraft von Verwaltungsakten ⁵³⁾, gesehen.

Es ist daher schon im Ansatz verfehlt, durch begriffliches Operieren die Bedingungsfeindlichkeit feststellender Verwaltungsakte erweisen zu wollen. Fehlt nämlich dem feststellenden Verwaltungsakt auch das gestaltende Element nicht, so kann jedenfalls aus logischen Gründen ein konkretes Gestaltungsmittel, eben die Beifügung einer Bedingung, nicht ausgeschlossen werden.

Im übrigen ist auch hier wieder bezeichnend, daß eine Umkehrung der kritisierten These nicht möglich ist. So erkennen etwa auch ihre Vertreter durchaus an, daß gestaltende Verwaltungsakte nicht grundsätzlich bedingungsfreundlich sind. Vielmehr führen sie selbst Beispiele für bedingungsfeindliche gestaltende Verwaltungsakte an ⁵⁴⁾ - etwa die sogenannten Statusakte - und verweisen zur Begründung auch auf das in diesem Falle bestehende öffentliche Interesse an der Klarheit

50) Kormann S. 72 f.

51) Winkler S. 58; Martens in DVBl 1968, 322 (324 und 326); Beseler S. 21 f.; Bühler S. 23 Anm. 37; dagegen beruht das Werk von Coester auf der angeblichen erkenntnistheoretischen Verschiedenheit (S. 14) der gestaltenden und erkennenden Staatsakte. Auch Schüle S. 297 meint, feststellende Verwaltungsakte könnten keine "Gestaltungswirkung" besitzen, diese komme jedoch streitentscheidenden Verwaltungsakten zu.

52) Kormann S. 352; Nebinger S. 216; v. Turegg (3) S. 128; Art. 86 EWVRO und Begründung S. 291; vgl. auch die interessante Bemerkung bei Rupp S. 105 N. 3

der Rechtslage. Hier wird auf jede rechtslogische Einkleidung der Argumentation verzichtet, es sei denn, man wollte einen derartigen Versuch in der Behauptung sehen, es handele sich dabei um sogenannte *actus legitimi* ⁵⁵⁾ des öffentlichen Rechts.

§ 5

Zusammenfassung

III. Im Ergebnis läßt sich daher kaum bestreiten, daß alle Bemühungen, die Bedingungsfeindlichkeit bestimmter Gruppen von Verwaltungsakten durch begriffliches Operieren zu erklären, wenig erfolgversprechend sind, weil sie der Problemstellung nicht gerecht werden. Das Feld, innerhalb dessen argumentiert wird, ist zudem viel zu sehr von zivilrechtlichen Koordinaten bestimmt, so daß bei dieser Art methodischen Vorgehens die spezifisch öffentlichrechtlichen Gesichtspunkte zu kurz kommen müssen. Eine Einordnung der Rechtsfigur der Bedingung in den Bezugsrahmen des öffentlichen Rechts in Anlehnung an das auf den Begriff des Rechtsgeschäfts und daraus folgend dem des subjektiven Rechts aufbauende zivilistische Begriffssystem - das zudem nur die Frucht einer bestimmten rechtsphilosophischen Konstellation ist ⁵⁶⁾ - wird nicht nur die dieser Systematik entsprechende Methode positivistischer Begrifflichkeit übernehmen, son-

53) Coester S. 46; v. Köhler S. 186/187; Fleiner S. 273/274; Hatschek-Kurtzig S. 7; Herrnritt S. 276 und 310

54) Kormann S. 153 f.; v. Turegg (3) S. 110; EWVRG Begründung S. 237

55) Kormann S. 152 f.; EWVRO Begründung S. 237; Hangartner S. 153; Andersen S. 349

56) vgl. Wieacker, Willenserklärung S. 278; Forsthoff in ZfgesStW 96,49 (52); Reiser, Vertragsfunktion S. 101/102

dern darüber hinaus entweder zu in der Sache unangemessenen Ergebnissen kommen oder bei dem Versuch, die gedanklich vorweggenommenen Antworten auf zu lösende Rechtsfragen theoretisch einsichtig⁵⁷⁾ zu machen, zu Scheinbegründungen Zuflucht nehmen müssen. Anschauungen, die im bürgerlichen Recht infolge der dort ganz anders als im öffentlichen Recht gelagerten Sachprobleme immerhin möglich sind, können eben nicht einfach auf das öffentliche Recht übertragen werden, ohne daß man sich vorher von ihrer Angemessenheit im Hinblick auf dieses Rechtsgebiet vergewissert.

Es wird daher im folgenden auszuführen sein, daß und warum ein Verständnis des Bedingungsbegriffs im öffentlichen Recht von zivilrechtlichen Ausgangspunkten her verfehlt ist. Dabei wird sich ergeben, daß sich in dem Maße wie Rechtsgeschäft und Verwaltungsakt als Grundaxiome der beiden Rechtsgebiete entsprechend ihrer jeweiligen besonderen Funktion verschieden sind, auch die ihnen beigefügten Nebenbestimmungen unterscheiden.

57) vgl. dazu Fritz v. Hippel S. 4 und Burckhardt, Organisation S. 27 f., die darauf hinweisen, daß jede Rechtswissenschaft zunächst die hinter einer gesetzlichen Regelung stehende Problemstellung aufzusuchen hat.

D r i t t e r T e i l

Die dogmatische Herleitung des Bedingungsbegriffs im öffentlichen Recht aus der Funktion und dem Zweck der Rechtsfigur des Verwaltungsakts

1. Abschnitt

Die Abhängigkeit des Bedingungsbegriffs im Zivil- recht von der dogmatischen Erfassung des Rechtsge- schäftsbegriffes

I. In den vorstehenden Ausführungen ist schon angedeutet worden, daß die sachgerechte Erfassung des Bedingungsbegriffs im Zivilrecht wesentlich von der Frage bestimmt ist, welche juristische Problematik der Rechtsgeschäftsbegriff lösen soll. Das BGB befaßt sich mit der Bedingung im vierten Titel des "Rechtsgeschäfte" überschriebenen dritten Abschnittes des Allgemeinen Teils (§§ 158 ff.). Es gibt seiner Grundhaltung entsprechend keine Definition der Bedingung ¹⁾, sondern regelt nur die Rechtsfolgen, die von einem unter einer - aufschiebenden oder auflösenden - Bedingung vorgenommenen Rechtsgeschäft ausgehen. Auch der Rechtsgeschäftsbegriff wird im BGB bewußt nicht näher bestimmt, obwohl die Verfasser des ersten Entwurfs diese Rechtsfigur in Anlehnung an die überkommene pandektistische Lehre umschrieben als eine "Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist" ²⁾.

1) Mugdan S. 491; Flume, Rechtsgeschäft S. 677

2) Mugdan S. 421

Das "Wesen" des Rechtsgeschäfts sollte darin zu finden sein, "daß ein auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichteter Wille sich betätigt, und daß der Spruch der Rechtsordnung in Anerkennung dieses Willens die gewollte rechtliche Gestaltung in der Rechtswelt verwirklicht" ³⁾.

Bei den folgenden Bemühungen der Rechtslehre um die begriffliche Einordnung des Rechtsgeschäfts innerhalb der gesetzlichen Systematik ergab sich eine solche Fülle von Streitigkeiten ⁴⁾, daß Oertmann ⁵⁾ in der dritten Auflage seines Kommentars zum Allgemeinen Teil (1927) bemerken konnte, auch durch das BGB sei der schon in der bisherigen (d. h. pandektistischen) Wissenschaft ungeheuer streitige Begriff des Rechtsgeschäfts nicht abschließend geklärt worden, vielmehr seien die bisherigen Streitpunkte geblieben und neue hinzugekommen.

§ 6 Methodischer Exkurs zur dogmatischen Ausformung des Rechtsgeschäftsbegriffes

1. In diesem Zusammenhange ist ein kurzer methodengeschichtlicher Exkurs nützlich, um den Sinn und Wert der Anstrengungen, den Rechtsgeschäftsbegriff richtig zu erfassen, voll zu verstehen.

Hatte Savigny noch, nachdem die kantische Philosophie die Unhaltbarkeit der metaphysischen Spekulationen der älteren Naturrechtslehre aufgedeckt hatte ⁶⁾, in seinem "System des heutigen römischen Rechts" ein Institutionendenken vertre-

3) Mugdan S. 421

4) vgl. dazu das reiche Material bei Fritz v. Hippel, Privatautonomie S. 7 ff.; Nachweise auch bei Fabricius in JuS 1966, 1 (2 f.)

5) Allg. Teil, Vorbem. vor §§ 104 ff (S. 315)

6) vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 351 ff. mit weiteren Literaturangaben

ten, indem er die verschiedenen Rechtsverhältnisse als rechtlich geordnete Lebensbeziehungen auffaßte, und den Begriff des Rechtsinstituts als sinnvolle organische Einheit zwischenmenschlicher Kontakte erfaßte ⁷⁾, so wurde der - auch bei ihm gleichwohl nicht verdrängte-Systemgedanke in der Folgezeit wieder der beherrschende Faktor jeder juristischen Methodik ⁸⁾. Anknüpfungspunkt des Systems war die von der idealistischen Philosophie absolut gesetzte menschliche Person mit ihrem auf dem Axiom der Willensfreiheit aufbauenden Freiheitsanspruch ⁹⁾. Diesen Anspruch hatte, so meinte man, die Rechtsordnung durch Einräumung einer Willensmacht zu schützen, die als subjektives Recht begriffen wurde und noch wird ¹⁰⁾. Vehikel zur Verwirklichung dieser Willensmacht ist "das" Rechtsgeschäft bzw. - oft synonym gebraucht ¹¹⁾ - "die" Willenserklärung ¹²⁾, Begriffe, die damit neben dem subjektiven Recht zu Zentralfiguren des Systems werden.

Da entsprechend dem systematischen Ansatz Rechtsgeschäft und Willenserklärung formal als auf die Herbeiführung eines Rechtserfolges gerichtete Handlungen eines Rechtssubjektes verstanden werden, ist jede Möglichkeit verbaut, diese und die von diesen Oberbegriffen abgeleiteten und auf sie bezogenen weiteren Rechtsinstitute anders als von

7) System I S. 9 ff.; vgl. dazu Larenz, Methodenlehre S. 11 und Wilhelm S. 46 ff.

8) Gutzwiller S. 7/8; Larenz, Methodenlehre S. 16 ff.; Coing, Privatrechtssystem S. 49 und 53; Boehmer, Grundlagen II 1 S. 71 ff.; Raiser, Vertragsfunktion S. 101 f.; Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 430 ff. und 468 ff.

9) Coing, Privatrechtssystem S. 46 ff. und S. 67 ff.; Wieacker, Willenserklärung S. 278; Fabricius in JuS 1966, 1 (6)

10) Raiser Vertragsfunktion S. 102; Coing, Privatrechtssystem S. 51; Lehmann-Hübner S. 82 f.

11) vgl. dazu insbesondere Flume, Privatautonomie S. 160; Müller-Freienfels S. 193 und da-

ihrem Entstehungstatbestand her zu definieren ¹³⁾. Ein Wertdenken, das nach dem Sinngehalt der jeweiligen Vorschriften fragt, bleibt aus. Nicht was der Zweck einer gesetzlichen Bestimmung ist, interessiert mehr, sondern wie sie sich in den logischen Aufbau der die Rechtsordnung erfassenden Begriffspyramide einordnen läßt ¹⁴⁾. Durch dieses Absehen von der Funktion der Rechtsinstitute wurde zudem der Sinn für das rechte Erfassen des Verhältnisses von Recht und Wirklichkeit weitgehend getrübt ¹⁵⁾ und der durch einen positivistischen Wissenschaftsbegriff geförderten Auffassung Vorschub geleistet, es gelte auch in der Rechtswissenschaft nach der Art der naturwissenschaftlichen Methode die tatsächlichen Vorgänge in ihrer Verknüpfung miteinander festzustellen und auf einen einheitlichen Grundvorgang zurückzuführen ¹⁶⁾. Dieser rechtswissenschaftliche Kausalismus hat trotz gelegentlich erhobener Einwendungen ¹⁷⁾, daß man die juristische "Kausalität" ¹⁸⁾ nicht mit der naturwissenschaftlichen verwechseln dürfe, zu der Ansicht geführt, es bestehe zwischen Tatbestand und Rechtsfolge einer Norm das Verhältnis von Ursache und Wirkung.

selbst insb. Anm. 9

12) vgl. dazu Flume, Privatautonomie S. 151 und passim; Boehmer, Grundlagen II 1 S. 72; Meier-Hayoz S. 54

13) Raiser, Vertragsfunktion S. 120 f.

14) Larenz, Methodenlehre S. 28; Boehmer, Grundlagen II 1 S. 88; Meier-Hayoz S. 53

15) Fritz v. Hippel, Privatautonomie S. 48

16) Burckhardt, Recht als Tatsache S. 75 ff.; Boehmer, Grundlagen II 1 S. 73; Larenz, Methodenlehre S. 34 ff.; Gutzwiller S. 8

17) besonders Binder, Rechtsphilosophie S. 741 ff. und S. 902 ff.; gegen ihn Manigk in ArchRWiPh 26,359 (373)

18) vgl. v. Tuhr, Allg. Teil II 1 S. 5 N. 10, der von "juristischer Kausalität" und (S. 6) von

§ 7 Die Theorie von den juristischen Tatsachen und
ihre Bedeutung für das Verständnis der beding-
ten Willenserklärung

2. Eine Frucht solchen Verständnisses ist die Theorie von den sogenannten "juristischen Tatsachen" ¹⁹⁾. Unter ihnen versteht man, wie Ennecerus - Nipperdey definieren ²⁰⁾, solche Tatsachen, die eine Rechtswirkung herbeiführen, wobei nicht nur Einzeltatsachen dieser Art gemeint sind, sondern auch Inbegriffe von Tatsachen, die aus systematischen Gründen zu einer begrifflichen Einheit verbunden sind. Das sind nun aber beileibe nicht alle für den Rechtserfolg notwendigen Tatbestandsstücke - anderenfalls wäre der Begriff ja auch wenig sinnvoll. Vielmehr gilt es, auf Grund fortschreitender begrifflicher Abstraktion des in den einzelnen Rechtsätzen verwendeten Tatbestandsmaterials die "eigentlich rechtserzeugenden Tatsachen" ²¹⁾ von den bloßen Wirksamkeitsvoraussetzungen zu sondern. Erstere, so wird gelehrt, zielen unmittelbar auf den Inhalt, das "Was" der Rechtsfolge, letztere betreffen nur den Eintritt der Wirkung und regeln damit lediglich das "Ob" ²²⁾.

Von dieser Sicht her erscheint im rechtsgeschäftlichen Bereich als das eigentlich Rechtserzeugen-

mit (rechts)"ändernder oder (-)aufhebender Kraft ausgestatteten" Tatsachen spricht; ferner Manigk in HwvR IV, 753, zustimmend auch Böttcher, Kritische Beiträge S. 7; gegen v. Tuhr dagegen Hauser S. 3 Anm. 1. Neuerdings haben sich zum Problem der "juristischen Kausalität" geäußert: Larenz, Methodenlehre S. 156 und Ernst v. Hippel, Einführung S. 59

19) vgl. dazu ausführlich Manigk in HwvR V, 847; kritisch: Fritz v. Hippel, Privatautonomie S. 51 ff. und Müller-Freienfels S. 214

20) § 136 II (S. 860)

de "die" Willenserklärung, während sich "die" Bedingung nur als Wirksamkeitsvoraussetzung erfassen läßt ²³⁾.

Es lag im übrigen in der Konsequenz des einmal beschrittenen Weges, auch innerhalb des Begriffs der Willenserklärung weiter aufzuspalten in den mit psychologischen Kategorien zu erfassenden, den eigentlichen Bezugspunkt darstellenden Willen und die - wiederum den Willen bloß artikulierende und ihm damit Wirksamkeit verleihende - Erklärung ²⁴⁾. Ein solches methodisches Vorgehen, das seine ganze Energie auf die begrifflich einwandfreie Konstruktion setzte und von daher glaubte, den Rechtsgehalt jeder gesetzlichen Regelung bestimmen zu können, bürdete sich mit dem Versuch der Definition des Rechtsgeschäfts eine praktisch unlösbare Aufgabe auf. Angesichts der Vielfalt der das rechtsgeschäftliche Verhalten entsprechend der jeweiligen Interessenlage durchaus unterschiedlich regelnden Rechtsvorschriften des BGB ist die Aufstellung eines aussagekräftigen, für die dogmatische Durchdringung fruchtbaren Rechtsgeschäftsbegriffs schlechterdings nicht

-
- 21) Oertmann, Rechtsbedingung S. 16; Manigk in Hwdr V, 847 (855); v. Hippel, Privatautonomie S. 54; Enneccerus-Nipperdey § 145 II B 3 (S. 906); Müller-Freienfels S. 212 ff.; Lehmann-Hübner S. 145
- 22) Oertmann, Rechtsbedingung S. 4
- 23) Oertmann, Rechtsbedingung S. 4; Manigk in Hwdr V, 847 (855); Boehmer in JW 1938, 2634 (2635)
- 24) Larenz, Geschäftsgrundlage S. 157; zur sogenannten Willenstheorie vgl. ferner: Enneccerus-Nipperdey § 164 (S. 1019 ff.) und Lehmann-Hübner S. 248 f.

möglich ²⁵⁾. Die etwas resignierende, eingangs dieses Abschnitts wiedergegebene Bemerkung Oertmanns zu diesem von vornherein zum Scheitern verurteilten Versuch ist daher - so betrachtet - durchaus verständlich.

Die geschilderte Sicht der Dinge konnte im übrigen nicht ohne Einfluß auf das Verständnis der bedingten Willenserklärung bleiben. Da das Wesen der Willenserklärung rein abstrakt in der gegenseitigen Bezogenheit von Wille und Rechtserfolg gesehen wurde ²⁶⁾, die Bedingung ihrerseits aber gerade den Rechtserfolg suspendiert, indem sie ihn vom Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses abhängig macht, mußte es so scheinen, als beschränke die Bedingung den Willen des die Bedingung Setzenden, indem ihre Erfüllung als zusätzliches Erfordernis für die Verwirklichung der erstrebten Rechtswirkung hinzukommen müsse ²⁷⁾. Freilich trat hierbei gleich die Frage auf, wie denn diese Beschränkung - verstanden am Maßstab eines abstrakten Begriffs "der" Willenserklärung - zu denken sei, als eine solche des Willens oder des Gewollten ²⁸⁾. Die Ansicht, der Wille sei suspendiert, wurde dabei schnell als Irrtum erkannt, da schlecht geleugnet werden konnte, daß ja gerade durch den Willen die Bedingung erst gesetzt wird ²⁹⁾.

25) dazu grundsätzlich Fritz v. Hippel, Privatautonomie S. 7 ff.

26) Flume, Privatautonomie S. 151, 160

27) Den Begriff der "Selbstbeschränkung" des Willens gebraucht bereits Savigny, System III S. 120; vgl. im übrigen die auf S. 10 Anm. 27 genannten Autoren

28) vgl. Staudinger-Coing Vorbem. 5 vor §§ 158 ff.

29) Es ist auch nicht richtig, wenn Leonhard S. 383 Anm. 4 meint, daß der imperative Teil des Geschäfts durch den konditionalen suspendiert wird. Vgl. dazu auch Staudinger-Coing Vorbem. 4 vor §§ 158 ff.

Es bleibt also nur übrig, die Beschränkung mit der Rechtsfolge zu verknüpfen. Dies jedoch bedeutete bei einer an der Theorie von den juristischen Tatsachen ausgerichteten Betrachtungsweise, daß die bedingte gegenüber der unbedingten Willenserklärung ein minus darstellen muß, weil die - wiederum abstrakt verstandene, d. h. bloß von ihrer Entstehung, nicht vom Inhalt her begriffene - Rechtsfolge im ersten Falle weiterreichend erscheint als im zweiten.

§ 8 Die Auffassung der Willenserklärung als eines konkreten Gestaltungsaktes und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Einordnung des Bedingungsbegriffes

3. Allerdings machte sich gleich eine Schwierigkeit bemerkbar, die für ein Kausalitätsdenken so gut wie unüberwindlich schien: Trat der Rechtserfolg erst mit Eintritt der Bedingung ein, so war dogmatisch kaum zu erklären, wie schon vorher Rechtspflichten der an dem unter einer Bedingung stehenden Rechtsgeschäft Beteiligten in Bezug auf den geregelten Gegenstand bestehen könnten ³⁰⁾. Ordnet § 160 Abs. 1 BGB doch an, daß derjenige, welcher unter einer aufschiebenden Bedingung berechtigt ist, im Falle des Eintritts der Bedingung Schadensersatz von dem anderen Teil verlangen kann, wenn dieser während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt.

Daß diese Zwischenwirkungen mit den Wirkungen des künftigen Rechts identisch sind, hat Arwed Blomeyer ³¹⁾ im Anschluß an Enneccerus ³²⁾ näher darzu-

30) vgl. die Zusammenstellung der verschiedenen Theorien bei Blomeyer S. 4 ff.

31) S. 42 ff.

32) Rechtsgeschäft S. 379 ff.

legen versucht. Er versteht das in dem Begriff der Willenserklärung liegende Tatbestands- und Rechtsfolgeelement auch dann als Einheit, wenn die - nunmehr in ihrer Konkrettheit erfaßte - Willenserklärung mit einer Bedingung verknüpft ist. Diese Betrachtungsweise ergibt sich bei ihm vermöge der Vorstellung, daß die bedingte Willenserklärung an das Vorliegen einer Situation anknüpft, der ein bestimmter Umstand nachfolgt ³³⁾. Der Eintritt der Bedingung ist also im Ergebnis bloß der Erkenntnisgrund dafür, ob das Parteigeschäft Rechtswirkungen gehabt hat oder nicht ³⁴⁾.

Allerdings wirkt auch bei Blomeyer insofern noch die Auffassung der Bedingung als einer Wirksamkeitsvoraussetzung nach, als er - in Rechtfertigung seiner Thesen am Verursachungsgedanken - sich darzutun bemüht, daß die Rechtswirkung davon "abhängig" ³⁵⁾ sei, ob das Zukünftige geschehen wird. Es läßt sich jedoch nicht bestreiten, daß die Untersuchungen Blomeyers zu einer vertieften Erfassung der Struktur der bedingten Willenserklärung geführt haben und seine Darlegungen über deren grundsätzliche Gleichartigkeit mit der unbedingten Willenserklärung ³⁶⁾ erstmals die theoretische Begründung für ein Verständnis der bedingten Willenserklärung als einer auf einen zum Teil noch unbekannten, weil zukünftigen Sachverhalt bezogenen Geltungserklärung liefern.

33) Blomeyer S. 45 f.

34) Blomeyer S. 50

35) Blomeyer setzt selbst dieses Wort in Anführungszeichen, vgl. a.a.O. S. 56

36) Blomeyer S. 11 und 58

Dies wird insbesondere offenbar, wenn man seine Lehre mit der heute im Vordringen begriffenen, rechtsdogmatisch vertieften Auffassung der Willenserklärung als eines Sozialaktes ³⁷⁾ verbindet. Nach dieser Ansicht ist nicht ein als psychologische Realität verstandener Geschäftswille, der sich nach außen hin durch einen Erklärungsakt manifestiert, ursächlich für die entsprechend dieser Willensäußerung eintretende Rechtsfolge. Diese überkommene Betrachtungsweise wird vielmehr ersetzt durch die These, daß jede Willenserklärung Willensvollzug ³⁸⁾ und als solche - ebenso wie das Rechtsgeschäft - Geltungserklärung ³⁹⁾ sei. Willenserklärung und Rechtsgeschäft werden jetzt als - ein objektives Sinn Ganzes bildende - Gestaltungsakte begriffen, die in Bezug auf einen konkreten Sachverhalt eine Rechtsfolgeanordnung treffen wollen. Damit wird das Rechtsgeschäft praktisch zur Rechtsquelle ⁴⁰⁾ und alles Bemühen um eine Aufspaltung innerhalb desselben in einzelne, in ihrer rechtlichen Bedeutung unterschiedlich zu wertende "juristische Tatsachen" ist - so gesehen - nichts anderes als eine entleerte formallogische Konstruktion.

37) Enneccerus-Nipperdey § 164 II 3 (S. 1023); Siebert-Hefermehl Rdn. 3 vor § 116; Wieacker, Willenserklärung S. 278

38) Enneccerus-Nipperdey § 145 II A 2 (S. 898)

39) Flume, Privatautonomie S. 156; Dulkeit S. 158 ff.; Enneccerus-Nipperdey § 145 A II (S. 899); Hübner S. 376 ff.

40) so ausdrücklich Binder, System S. 93; vgl. auch Husserl S. 27, 32 ff.; Raiser, Vertragsfunktion S. 115 f. und Geschäftsbedingungen S. 63, 65 ff. (75), wo er freilich den Begriff der Rechtsquelle auf das staatlich gesetzte Recht beschränkt wissen will; Bierling II S. 117: "Rechtsgeschäft nennen wir jede Setzung subordinierter Rechtsnormen."; Larenz, Geschäftsgrundlage S. 167 N. 24; neuestens Bucher S. 87; a.A. Schmidt-Rimpler in AcP 147, 130 (155 f.)

Die Verbindlichkeit des jeweiligen rechtsgeschäftlichen Aktes, sein rechtsnormierender Charakter, beruht nämlich nicht darauf, daß das Rechtsgeschäft als Tatbestandsmerkmal in einem entsprechenden Rechtssatz fungiert. Es handelt sich hierbei nicht um eine vom Gesetzgeber in bestimmter Weise mit rechtserzeugender Kraft ausgestattete "juristische Tatsache", sondern um den Raum, innerhalb dessen die Rechtsordnung den Rechtsgenossen die Befugnis wechselseitiger Selbstbestimmung garantiert. In dieser ordnungstiftenden Kraft liegt - wenn man so will - das "Wesen" der Willenserklärung, des Rechtsgeschäftes, des Vertrages.

Sieht man dagegen in diesen Instituten "juristische Tatsachen", so wird ihre immanente Bezogenheit auf das Problem der Privatautonomie und deren rechtsphilosophischer Herleitung ⁴¹⁾ verdunkelt, da sie nunmehr - von allen rechtstheoretischen Bedenken gegen eine derartige Betrachtungsweise einmal abgesehen - nur den äußeren Rahmen abstecken, innerhalb dessen der Gesetzgeber einer privaten Willensäußerung rechtliche Bedeutung zukommen lassen will, ohne daß zugleich deren rechtsschöpferische Kraft ins Blickfeld träte ⁴²⁾. Die genannten Rechtsfiguren können nicht mehr funktional, sondern nur noch "genetisch" definiert werden. So läßt sich etwa der als "juristische Tatsache" verstandene Begriff des "Rechtsgeschäfts an sich" praktisch nur noch von den das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts betreffenden Vorschriften her begreifen, da ihm als Korrelat auf der Rechtsfolgeseite der gesamte von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellte Raum selbstver-

41) vgl. dazu Kaiser, Vertragsfunktion S. 105; Flume, Privatautonomie S. 141 ff.; Staudinger-Coing Einleitung 2 a vor §§ 104 ff.

42) vgl. Flume in AcP 161,52 (60)

antwortlicher Gestaltungsmöglichkeit entspricht. Es leuchtet ein, daß die dann noch mögliche rechtssystematische Erfassung des Rechtsgeschäftsbegriffs als eines im wesentlichen aus einer oder mehreren Willenserklärungen - d. h. auf einen Rechtserfolg gerichteten privaten Willensäußerungen - bestehenden Tatbestandes, deren Wirkungen entsprechend diesem Erfolgswillen bestimmt werden ⁴³⁾, wenig befriedigt.

Gibt man diese Anschauung zugunsten einer an der konkreten Gestaltung orientierten Betrachtungsweise auf, so hat dies auch Konsequenzen für die Einordnung einer mit dem Gestaltungsakt "verbundenen" Bedingung in den Rahmen dieses als Einheit zu verstehenden Sinngefüges. Die Isolierung der Bedingung aus dem einheitlichen Komplex des - konkret verstandenen - Rechtsgeschäfts als einer willensbeschränkenden Nebenbestimmung, welche die dem Rechtsgeschäft zugeordneten Rechtsfolgen "beschränkt", ist ja nur möglich, wenn man dieses Rechtsinstitut als abstrakten Begriff im zuvor beschriebenen Sinne versteht. ⁴⁴⁾ Ist nämlich die Willenserklärung dadurch definiert, daß sie auf die "Erzeugung von Rechtsfolgen" gerichtet ist, so ist an diesem Maßstab gemessen die Bedingung nur eine Willensbeschränkung, da der Rechtserfolg nunmehr zusätzlich vom Eintritt eines weiteren Ereignisses abzuhängen scheint und es fragt sich allenfalls, ob diesem Ereignis die gleiche rechtserzeugende Kraft zukommt wie der Willenserklärung ⁴⁵⁾.

Demgegenüber ist zu betonen, daß eine als konkre-

43) so z. B. Lehmann-Hübner S. 141

44) Flume, Privatautonomie S 151 f.

45) vgl. etwa die Ausführungen bei Oertmann, Rechtsbedingung S. 14 ff.

ter Gestaltungsakt verstandene Willenserklärung immer an einer bestimmt gearteten oder vermeintlich als solcher vorgestellten Wirklichkeit orientiert ist und diese Wirklichkeit rechtsgeschäftlich regeln will ⁴⁶⁾. Die Einheit von zugrunde gelegtem Sachverhalt und dessen als Geltungsanordnung verstandener rechtlicher Regelung macht die Willenserklärung aus; jede weitere Differenzierung ist überflüssig und schädlich.

Die Rechtsordnung stellt zur Bewältigung der rechtlichen Gestaltung einer vorgefundenen Situation bestimmte rechtsgeschäftliche Aktstypen zur Verfügung ⁴⁷⁾. In diesen ist der zu bewertende Sachverhalt in seinen vom Gesetzgeber für relevant erachteten Bezügen im Rahmen des Leistungsgegenstandes vertyp. Gestalten nun zwei am Rechtsverkehr beteiligte Personen ihre gegenseitigen Beziehungen durch rechtsgeschäftliche Regelung, muß diese so geschaffene Regelung, um ein vernünftiges Sinngebilde zu bleiben, stets im Zusammenhang gesehen werden mit dem ihr von den Parteien zugrunde gelegten Sachverhalt. Späteren Änderungen des Sachverhalts, die die rechtsgeschäftliche Regelung als zweckhafte Ordnung infrage stellen könnten - in diesem Umfang unter Umständen aber auch Abweichungen zwischen nur vorgestelltem Sachverhalt und der Wirklichkeit - muß daher Rechnung getragen werden. Dies geschieht in erster Linie mittels der so genannten *accidentalia negotii* bzw. *naturalia negotii* ⁴⁸⁾ - jenachdem, ob die Parteien selbst in dieser Hinsicht Vorsorge treffen oder die Rechtsordnung die angemessene Rechtsfolge für sie

46) so zutreffend Flume, *Privatautonomie* S. 207 f.; ähnlich Kaufmann, *clausula* S. 83 ff., der davon spricht, daß alle Willenserklärungen künftiges menschliches Verhalten normieren wollen.

47) Flume, *Privatautonomie* S. 147 ff.; Fabricius in *JuS* 1966, 1 (6)

48) Flume, *Privatautonomie* S. 209

bereithält. Diese Bestimmungen, von der noch h. L. als - wenn auch unwesentliche - Bestandteile der Willenserklärung bzw. des Rechtsgeschäfts angesehen ⁴⁹⁾, haben, soweit die von ihnen angeordneten Rechtsfolgen möglichen Änderungen des zugrunde gelegten Sachverhalts Rechnung tragen sollen, Ähnlichkeit mit der Bedingung. Ob sie zur Anwendung kommen, hängt ab von einem zukünftigen ungewissen Ereignis. Dennoch sind sie keine Bedingungen im eigentlichen Sinne, sondern den sogenannten Geschäftsbedingungen zuzurechnen.

Im allgemeinen wollen die Parteien lediglich bezüglich des schon vom Gesetz vertypten Sachverhalts eine gemeinsame Regelung treffen. Soweit sie darüber hinaus sich bestimmte sachliche Vorstellungen machen, haben sie diese normalerweise nicht miteinander gemeinsam. Diese weiteren Vorstellungen können aber mit in den Vertrag einbezogen werden und erweitern dann den Sachverhalt als Gestaltungsgrundlage. Ihre Einbeziehung erfolgt durch entsprechende rechtsgeschäftliche Zusätze (vornehmlich mittels der Bedingung oder Unterstellung). Der Bedingungsinhalt steht damit zunächst in Inkongruenz zum rechtsgeschäftlichen Aktstypus. Diese Eigentümlichkeit hat die Bedingung als Rechtsfigur freilich mit der Unterstellung gemeinsam. Was sie dieser gegenüber jedoch auszeichnet, ist, daß sie den Teil der von den Parteien ihrer Regelung zugrunde gelegten Situation bildet, dessen Verwirklichung noch aussteht, d. h. noch in der Zukunft liegt. Die rechtsgeschäftliche Regelung gilt jedoch auch in diesem Falle sofort, aber

49) Enneccerus-Nipperdey § 189 III und IV (S. 1151); Lehmann-Hübner S. 166

sie gilt eben nur für den geregelten - zum Teil schon gegenwärtigen, zum Teil noch nicht Wirklichkeit gewordenen Sachverhalt. Diese - auch in der Blomeyerschen Lehre gelegene - Konsequenz vermag die h. L., die die Bedingung als "Schwebezustand", als "Suspendierung der Rechtsfolgen" begreift, deshalb nicht zu ziehen, weil sie das Institut des Rechtsgeschäfts als Tatsachenbegriff abstrakt aus der Polarität "Wille - Rechtsfolge" entwickelt, wobei sich hinter dem farblosen Begriff "Rechtsfolge" in Wahrheit die Abstraktion der durch die jeweiligen Einzelwillenserklärungen so oder so rechtlich verbindlich bewerteten Sachverhalte verbirgt.

Weil diesem Zusammenhang nicht die genügende Beachtung geschenkt wird, konnte die Auffassung entstehen, daß sich in einem Vertrage nur "Rechtsfolgen" vereinbaren ließen, so daß alle übrigen Vorstellungen der am Rechtsgeschäft Beteiligten zur Vertragsgrundlage gezogen werden mußten, also nicht zum Vertragsinhalt gehören konnten⁵⁰⁾. Es leuchtet ein, daß die Bedingung unter diesen Umständen nur als "Wirksamkeitsvoraussetzung" erfaßt werden kann.

Die Einheit von Sachverhalt und Bewertung löst sich jedoch zumindest teilweise wieder auf, sobald eine Willenserklärung nicht auf einen in seiner Gesamtheit schon real vorgefundenen Sachverhalt bezogen ist, sondern ein zum Teil noch zukünftiges Geschehen regeln will. In diesem Falle muß sie, wie jeder Rechtssatz, sich des Konditionalverhältnisses bedienen, um diesen Teil der Situation zu beschreiben, für die sie sich Geltung beilegt. Damit ist

50) vgl. etwa Schmidt-Rimpler, Geschäftsgrundlage S. 24/25; mit Recht kritisiert Flume, Privatautonomie S. 211 ff. diese Auffassung und wendet sich gegen eine Sonderung von Vertragsgrundlage und Vertragsinhalt, ebenso Burckhardt, Methode S. 48; ähnlich auch Kaufmann, clausula S. 92 f.

jedoch der Sachverhalt insgesamt, jedenfalls soweit er Bedingungsinhalt ist, nicht mehr unter die Abstraktion "Rechtsfolge" zu bringen. Er muß also sozusagen als drittes Element in die Gleichung eingeführt werden und wird wegen seiner Bezogenheit auf die Rechtsfolge zur "rechtserzeugenden Tatsache".

Die beschriebene Sicht der Dinge ist deshalb möglich, ohne für die Rechtstheorie allzu gefährlich zu werden und zu unangemessenen Ergebnissen zu führen, weil es sich dabei um das Verhältnis zweier Rechtsquellenkreise handelt, nämlich des übergeordneten des Gesetzes und des abhängigen des Rechtsgeschäfts. Wenn die Rechtsordnung - hier verstanden im Gegensatz zur Vertragsordnung - den Rechtsgenossen Raum für eigenverantwortliche Regelung ihrer Angelegenheiten gewährt, indem sie die Freiheit der Person anerkennt und respektiert, so geschieht dies rechtstechnisch durch die Anknüpfung an den Tatbestand "des" Rechtsgeschäfts, das als solches mit normativer Kraft ausgestattet wird. Die Gegenüberstellung von Willenserklärung und Rechtsfolge ist also im Ergebnis nichts anderes als eine Umschreibung des Begriffs der Privatautonomie⁵¹⁾, ohne freilich etwas über die eigentlich interessierende Frage auszusagen, wie diese denn nun in concreto verwirklicht wird, und die Auffassung der Bedingung als einer Willensbeschränkung bildet ihrerseits nur die Umschreibung für den Befund, daß dieser Wille sich nicht bloß in kategorischer Form zu äußern braucht, sondern auch eine konditionale bzw. hypothetische Struktur aufweisen kann.

51) Dies hat insbesondere Fritz v. Hippel, Privatautonomie S. 57 ff. scharfsinnig nachgewiesen. Vgl. auch Burckhardt, Organisation S. 41

2. Abschnitt

Der Verwaltungsakt als Instrument der Rechtsanwendung und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für das Verständnis des bedingten Verwaltungsakts

II. Durch die vorstehenden Ausführungen ist bereits angedeutet, daß die überkommene zivilistische Auffassung von der Bedingung als einer eine Willensbeschränkung darstellenden Wirksamkeitsvoraussetzung im Bereich des öffentlichen Rechts schlechterdings unbrauchbar ist ^{51a)}, wie im folgenden noch näher auszuführen sein wird. Eine Anschauungsweise nämlich, die im Bereich der Rechtssetzung immerhin angehen mag, muß - soweit das Gebiet der Rechtsanwendung infrage steht - wegen der grundsätzlichen Unvertauschbarkeit dieser Kategorien ⁵²⁾ notwendigerweise versagen, es sei denn, man wollte mit der Wiener Schule ⁵³⁾ den Unterschied im Rahmen eines als Einheit verstandenen Rechtserzeugungsprozesses durchgängig relativieren. Liegt im Rechtsgeschäftsbegriff und der in ihm enthaltenen Anknüpfung an das Willensmoment die Anerkennung eines der freien Selbstbestimmung zugänglichen und damit vom Gesetzgeber regelungsfrei gelassenen Raumes, so interessiert bei einer am normlogischen Zusammenhang dieser beiden Rechtskreise ausgerichteten Art der Betrachtung der Inhalt der rechtsgeschäftlichen Regelung, solange er sich innerhalb des zur Verfügung gestellten Rahmens hält, nicht weiter.

51a) vgl. hierzu auch Roellecke in DÖV 1968, 333 (336), der - unter Bezugnahme auf die Ausführungen von Martens in DVBl 1965, 428 (430) - ebenfalls den "Autonomiegedanken" nicht mehr für den geeigneten Anknüpfungspunkt hält.

52) Burckhardt, Organisation S. 255; Rupp S. 193; Husserl S. 17 ff.

53) Kelsen, Allg. Staatslehre S. 85 und 231 ff. sowie Justiz S. 5; Merkl, Rechtskraft S. 192 f. und 206 ff. - dem entspricht, daß Kelsen in AöR 31, 190 (224/225, insb. Fußn. 67) keine strukturelle Verschiedenheit zwischen Rechtsgeschäft und Verwaltungsakt zu erblicken vermag.

§ 9 Zur Kennzeichnung des Verwaltungsakts als öffentlichrechtlicher Willenserklärung

1. Ganz anders ist die Situation jedoch, soweit nicht das Verhältnis von übergeordnetem Rechtssatz und nachgeordneter Normsetzung, sondern von Rechtssatz und Rechtsanwendungsakt infrage steht.

Rechtsanwendung besteht darin, daß ein konkreter Lebenssachverhalt unter den Tatbestand einer Rechtsnorm subsumiert wird und für ihn damit die in dem angewendeten Rechtssatz ausgesprochene Rechtsfolge gilt ⁵⁴⁾. Anders gewendet: Der abstrakte Sollenssatz der Norm wird zu einem konkreten rechtlichen Sollensurteil geformt. Diese Rechtsfolgebestimmung ist primär ein - wenn auch schöpferisch zu begreifender - Erkenntnisakt ⁵⁵⁾ und als solcher zunächst eine bloße Emanation des Verstandes, die allenfalls ideelle, nicht jedoch reale Verbindlichkeit beanspruchen kann. Um letztere herzustellen und zu sichern, bedarf es besonderer staatlicher Erkenntnis- und Vollzugsorgane, deren Spruch maßgeblich ist, d. h. das, was in der konkreten Situation gesollt ist, authentisch - was soviel besagt wie autoritativ - festlegt ⁵⁶⁾. Damit wird der Rechtsanwendungsakt zum Willensakt ⁵⁷⁾, denn die Statuierung eines zu befolgenden, weil rechtlich mit Verbindlichkeitsan-

54) Enneccerus-Nipperdey § 51 (S. 311)

55) Burckhardt, Organisation S. 248; Larenz, Methodenlehre S. 195; Engisch, Logische Studien S. 4 f.; Rupp S. 192

56) Burckhardt, Organisation S. 177 f.; Kelsen, Reine Rechtslehre S. 150; Wolff, Rechtsgrundsätze S. 38; Rupp S. 186 und 252

57) Engisch, Logische Studien S. 4; Larenz, Methodenlehre S. 195; Husserl S. 17

spruch ausgestatteten Sollensurteils setzt ein entsprechendes Wollen - einen Willen - voraus⁵⁸⁾. Und so ist es zunächst jedenfalls durchaus angemessen, wenn man den Verwaltungsakt, der ja, wie schon die bekannte Definition Otto Mayers⁵⁹⁾ durchscheinen läßt, nichts anderes als ein auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts durch die dort für die Rechtsanwendung zuständigen Behörden erlassener Normenvollzugsakt ist, als Willenserklärung⁶⁰⁾ begreift. Nur muß man dann weiter die Frage stellen, wessen Wille hier vollzogen wird. Der des Rechtsanwenders? - Offenbar nicht! Denn der Rechtsanwender ist nicht autonom und soweit er einen Willen äußert, ist dieser nur das Vehikel dafür, den in der Gesetzesnorm niedergelegten Willen im Einzelfall zur Artikulation und zum Vollzug zu bringen⁶¹⁾. So beruht denn auch nicht - wie schon eingangs erwähnt - die sogenannte Vermutung der Gültigkeit des Verwaltungsaktes auf einer besonderen rechtsschöpferischen Macht der Verwaltung - das wäre eine mit rechtsstaatlichem Denken unvereinbare Auffassung -, sondern liegt in dem - wiederum auf der Rechtsordnung basierenden - Verbindlichkeitsanspruch des Rechtsanwendungsaktes begründet, der, soll er seiner Funktion

58) Kelsen, Grundlagen S. 1 ff. und Normbegriff S. 59 und passim; Bucher S. 44

59) VerwR I S. 93

60) vgl. dazu neben den oben auf S. 4 Anm. 8 Genannten auch Wolff, VerwR I § 45 II b 2, der freilich in § 46 betont, daß man bei dieser Kennzeichnung allerdings gleich hinzufügen müsse, daß derartige Willenserklärungen sich von den privatrechtlichen ganz erheblich unterscheiden.

61) Giacometti S. 339 f. spricht in diesem Zusammenhang davon, daß der "im Verwaltungsakt enthaltene Wille des Verwaltungsträgers" im Rechtsstaat nur "als gesetzlich gelenkter Wille" zu begreifen und daher für die Ausle-

gerecht werden, nicht einfach wegen behaupteter Rechtswidrigkeit von jedermann als nicht existent angesehen werden darf ⁶²⁾.

Diese knappe Analyse zeigt bereits, daß der Begriff der Willenserklärung ein absolut verschiedener ist, je nachdem ob er - wie im Zivilrecht - als Rechtssetzungsakt oder - wie im öffentlichen Recht - als Rechtsanwendungsakt verstanden wird ⁶³⁾. Willibalt Apelt ⁶⁴⁾ hat diese Verschiedenheit so umschrieben: "Der im Rechtsgeschäft seinen Willen Erklärende w i l l die rechtliche Wirkung und darum - nach bekannter Definition - gibt der Rechts-satz die rechtliche Sanktion; beim Verwaltungsakt will umgekehrt der Rechtssatz, daß ein Verwaltungs-akt ergeht, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen, und darum m u ß ihn der Beamte wollen." ⁶⁵⁾ Als Rechtsanwendungsakt ist der Verwaltungsakt notwendigerweise eine inhaltsbestimmte Rechtsfigur - im Gegensatz zu der inhaltsbeliebigen des Rechtsgeschäfts. Da das, was für einen konkreten Lebenssachverhalt rechtens sein soll, im Gesetz vorgezeichnet ist, verbietet sich auch strikt die Auffassung, dem vorgefundenen Sachverhalt eine nur motivierende Funktion für die getroffene Rechtsfolgeanordnung im Sinne von willkürlicher Verknüpfung beizumessen.

gung des Verwaltungsaktes primär nicht der Wille der erlassenden Behörde, sondern das Gesetz maßgebend sei.

62) vgl. oben S. 3 Anm. 2 sowie Rupp S. 56 f. und S. 252

63) vgl. dazu auch die Ausführungen von Bülow, Geständnisrecht S. 133 hinsichtlich des Verhältnisses von Richterspruch und Rechtsgeschäft

64) S. 96

65) Hervorhebungen im Original

§ 10 Die Herauslösung des Bedingungsbegriffs aus dem
Vorgang der Rechtsanwendung vermittelt der Lehre
vom freien Ermessen

2. Wie ist unter diesen Umständen ein bedingter Verwaltungsakt zu begreifen? Ist die Aussage der h. L. zutreffend, seine Wirksamkeit sei vom Eintritt eines künftigen, ungewissen Ereignisses abhängig?

Man könnte zunächst diesen Satz in demselben Sinne verstehen, in dem man sagt, die Anwendung einer Rechtsnorm sei abhängig von der Verwirklichung ihres Tatbestandes. Doch so ist er ganz offenbar nicht gemeint. Er soll vielmehr nichts anderes besagen, als daß das zur Rechtsanwendung berufene Staatsorgan die Gültigkeit der von ihm für einen konkreten Lebenssachverhalt zu treffenden Regelung verknüpfen kann mit dem Eintreten eines künftigen Geschehens. Nur so gesehen hat es einen Sinn, von der Bedingung als einer dem Verwaltungsakt beigelegten (!) Nebenbestimmung⁶⁶⁾ zu sprechen oder den bedingten Verwaltungsakt als zusammengesetzten Verwaltungsakt zu bezeichnen⁶⁷⁾. Und nur von diesem Blickwinkel aus kann

66) vgl. oben S. 2

- 67) Hier taucht denn auch - wie im Zivilrecht - die Scheinproblematik auf, wie das bedingende Ereignis in seiner Bezogenheit auf die Rechtsfolgeanordnung zum Verwaltungsakt als Regelung stehe. So heißt es etwa bei Krüger in DVBl 1955,450 (454), nachdem zuvor die Auflage als bedingter Befehl gekennzeichnet worden ist, wie folgt: "Der Natur der Sache nach hätte der Befehlende darüber zu entscheiden, ob, wann und wie der Befehl für den Adressaten endgültig verbindlich wird. Im Falle der Auflage hat es der Adressat in der Hand, den Befehl für sich selbst verbindlich zu machen und in Verbindlichkeit zu erhalten." Ähnlich auch OVG Lüneburg, Urteil vom 7. April 1952 in OVG 5,489 (491): "Außerdem muß noch beachtet werden, daß die Zulassung von Bedingungen die Wirksamkeit einer Teilungsgenehmigung in die Hand der Vertrags-

man sagen, daß es sich bei der Bedingung um Sein oder Nichtsein, nicht aber um den Inhalt des Verwaltungsaktes handele⁶⁸⁾. Damit ergibt sich freilich gleich die weitere Frage, woher denn die Verwaltung das Recht nimmt, ihre Akte mit einer Bedingung zu versehen. Scheint sie doch damit den Bereich der Rechtsanwendung zu verlassen und sich auf das Gebiet der Rechtssetzung zu begeben, indem sie selbstgeschaffene Normierungen dekretiert.

Die h. M. schließt die sich hier auftuende Lücke, indem sie eine entsprechende "Ermächtigung" des Gesetzgebers konstruiert⁶⁹⁾; diese erblickt sie in der "rechtssatzmäßigen Ermessensfreiheit"⁷⁰⁾.

Das hinter dieser These stehende Kalkül ist das folgende: Ist der Verwaltung die Ermächtigung erteilt, in einer bestimmten Situation einen Verwaltungsakt zu setzen oder nicht zu setzen, so liegt darin auch die Befugnis beschlossen, ihn unter einer Bedingung zu erlassen, denn der be-

partner legen würde." Noch deutlicher wird Hottinger S. 50, wenn er schreibt: "Der autoritative Charakter der Staatsakte läßt es gar nicht zu, daß es im Belieben des Einzelnen stehe, ob dieser als Privater mit der Erfüllung oder Nichterfüllung von Bedingungen dem - notabene einseitigen ! - Verwaltungsakt zur Rechtswirksamkeit vernelfen will oder nicht." Hinter diesen Ausführungen steht unausgesprochen die Annahme von der rechtserzeugenden Kraft der Tatsachen - eine Vorstellung, die W. Jellinek sogar dazu verleitet hat, als Rechtsquelle auch die von ihm sog. "Tatsachen mit abgeleiteter Rechtssatzwirkung" zu bezeichnen, vgl. W. Jellinek, Gesetz S. 13 ff. und Lehrbuch S. 132. Gegen W. Jellinek insoweit Forsthoff, Lehrbuch S. 120

68) Giacometti S. 369; vgl. auch Krüger in DVBl 1955, 380 (387): "Die Auflage weist zudem den Vorzug vor der Bedingung auf, daß diese ... das einfache "Nein" oder "Ja" lediglich in einen Schwebezustand versetzen kann, also im Grunde genommen über die Zweifelhaftheit dieser Möglichkeiten nicht hinausführt..."

69) um dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes Genüge zu tun. Die Frage, ob der Gesetzgeber

dingte Verwaltungsakt ist gegenüber dem unbedingten ein minus ⁷¹⁾.

In diesem Gedankengang liegt denn auch der eigentliche rechtsdogmatische Grund für die schon eingangs kritisierte Meinung verborgen, daß der Anwendungsbereich der Bedingung im öffentlichen Recht auf den Raum fixiert werden müsse, innerhalb dessen die Verwaltung nach freiem Ermessen tätig werde ⁷²⁾.

Ermessen ist nun freilich auch immer pflichtgebunden, was wiederum bedeutet, daß die Befugnis, einem Verwaltungsakt Bedingungen "beizufügen", in diesem Rahmen beschränkt ist ⁷³⁾. Weil somit die Verwaltungsbehörde von dem ihr eingeräumten Ermessen nur in einer dem Zwecke der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch machen darf, ist ihr nach h. M. auch nicht gestattet, einen Verwaltungsakt mit einer Nebenbestimmung zu versehen, die dessen - doch wohl nur aus dem Gesetz ablesbarer - Zweckbestimmung zuwider läuft ⁷⁴⁾.

Damit ist die beschriebene Konzeption zwar äußerlich in Einklang gebracht mit dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes, gleichwohl bestehen aber gegen ihre dogmatische Tragfähigkeit erhebliche Bedenken. Beruht sie doch entscheidend auf der Vorstellung, daß Ermessensausübung und Rechtsan-

derartige Ermächtigungen im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsnormen überhaupt aussprechen dürfe, wird freilich erst gar nicht gestellt.

70) Giacometti S. 368; vgl. ferner S. 9/10 dieser Arbeit und die auf S. 22/23 in Anm. 14, 15 und 17 Genannten sowie Jesch in AöR 82, 163 (211)

71) Peters S. 383; Ule-Rasch § 40 prPVG Rdz. 15 (S. 174); Giacometti S. 369; Andersen S. 344
Drews-Wacke S. 318; Entscheidung des Bay-VerfGH vom 13. April 1951 in AS 4 II 63 (75)

72) vgl. oben S. 22 f.

73) so schon ausdrücklich Sulser S. 65

74) vgl. oben S. 18/19 mit Anm. 1 und 2

wendung zwei disparate Dinge sind, daß Ermessen also zur Freiheit vom Gesetze ermächtigt, was der Sache nach nichts anderes bedeutet, als daß die Verwaltung sich insoweit im Bereich der Normsetzung bewegt ⁷⁵⁾. Ist diese Hypothese zutreffend, so kommt allerdings dem Willen des Staatsorgans im Bereich des Ermessens dieselbe Qualität zu wie dem Willen des Einzelnen in der Privatrechtsordnung, so daß damit zugleich die Brücke geschlagen ist für die heute als unproblematisch empfundene einheitliche Erfassung der Rechtsfigur der Bedingung im Privatrecht und im öffentlichen Recht.

Muß dagegen auch die Ermessensausübung als Normenvollzug begriffen werden, so ist zu fragen, inwiefern gerade in der Einräumung eines "Ermessensspielraumes" eine Ermächtigung zu besonderer Rechtsgestaltung, eben zum Erlaß bedingter Verwaltungsakte zu erblicken und weshalb im sonstigen Bereich der Rechtsanwendung die Beifügung einer Bedingung unzulässig sein sollte.

§. 11 Darstellung und Kritik der herrschenden Ermessenslehre

3. Die Ermessenslehre und ihre Einordnung in den Gesamtzusammenhang des Rechts ist in der deutschen Verwaltungsrechtslehre nach wie vor ein umstrittenes Problem ⁷⁶⁾, rührt sie doch, weil das Verhältnis zwischen Gesetz und Verwaltung aufreißend, "an die Grundlagen des Verwaltungsrechts" ⁷⁷⁾.

75) Da der Ermessensakt seinerseits Verbindlichkeit beansprucht, also Rechtsakt ist, kann er entweder nur Normsetzung oder Normvollzug darstellen - tertium non datur. Vgl. Burckhardt, Organisation S. 255 sowie Renck in JuS 1965, 129 (133)

76) Menger, Grundrechte S. 753 nennt die Ermessenslehre eines der "verworrensten Kapitel der Verwaltungsrechtswissenschaft".

77) Forsthoff, Lehrbuch S. 79

Die h. M. begreift das Ermessen als freien "Spielraum" der Verwaltung, als Freiheit vom Gesetz ⁷⁸⁾ und bringt damit die Ermessensausübung in einen scharfen Gegensatz zur Rechtsanwendung ⁷⁹⁾. Sie sieht dementsprechend auch einen grundsätzlichen Unterschied zwischen der Stellung des Richters zum Gesetz und der der Verwaltung. Herrsche dort stets Gebundenheit ⁸⁰⁾, weil das Gesetz theoretisch - d. h. unbeschadet etwa beschränkter menschlicher Erkenntnismöglichkeiten ⁸¹⁾ - das Ergebnis eindeutig vorschreibe, so könne die Verwaltung im Rahmen zulässiger Ermessensausübung ihren Willen anstelle des Gesetzeswillens verwirklichen ⁸²⁾. Nun läßt

78) v. Laun S. 62 f.; Otto Mayer, VerwR I S. 99; W. Jellinek, Lehrbuch S. 30 und Gesetz S. 33 ff.; v. Turegg-Kraus S. 29 f.; Ule, Unbestimmter Rechtsbegriff S. 311 und Verwaltungsprozeßrecht S. 5 f.; Peters S. 10: "Ermessen bedeutet Freiheit von rechtlicher Bindung". Nach R. Klein in AöR 82,75 (88) hat Ermessen seinen Sitz im gesetzesfreien Raum. Die Befugnis des Gesetzgebers, die Verwaltung zum Betreten derartiger gesetzesfreier Räume zu "ermächtigen", wird dabei offenbar als völlig unproblematisch empfunden.

79) Bettermann, Verwaltungsakt S. 365; Franz Mayer S. 16; Peters S. 10; Jesch in AöR 82,163 (227): "Dualismus von Rechtsauslegung und Ermessensbetätigung" und a.a.O S. 208: "Soweit die Behörde juristische Maßstäbe zu berücksichtigen hat, wendet sie Rechtsnormen an und übt kein Verwaltungsermessen aus." - Vgl. auch die Formulierungen bei Forsthoff, Lehrbuch S. 84), wo von der Abgrenzung des Ermessens von der Rechtsanwendung die Rede ist und S. 85, wo es heißt: Im Justizstaat "spricht die Vermutung für die Rechtsanwendung und gegen das Ermessen". Dagegen verknüpft Obermayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer S. 150/151 den Ermessensbegriff mit der Rechtsanwendung, ohne daraus jedoch Konsequenzen für die dogmatische Erfassung dieser Rechtsfigur zu ziehen. Gegen die h. L. auch Giacometti S. 62/63

80) Bettermann, Verwaltungsakt S. 366 f.; W. Jellinek, Gesetz S. 176 f.; Otto Mayer, VerwR I S. 99; Rupp S. 179 f. mit weiteren Nachweisen

81) W. Jellinek, Gesetz S. 54 f. und S. 177

82) Flume, Steuerwesen und Rechtsordnung S. 77 drückt das dahin aus, daß das verwaltungsmäßige Handeln

sich freilich seit Bülow's Schrift über "Gesetz und Richteramt" nicht mehr bestreiten, daß auch das richterliche Urteil niemals nur streng logische Denkoperation, "reiner" Erkenntnisakt in Anwendung einer fertigen Norm auf einen vorgefundenen Sachverhalt ist, sondern (auch) eine schöpferische Leistung darstellt, durch die der jeweilige Rechtssatz für den Einzelfall konkret zu Ende gedacht wird ⁸³⁾. Der Bereich rechtsschöpferischer Rechtsfortbildung ist dabei umso größer, je lückenhafter und unvollständiger der betreffende Rechtssatz ist. Gibt daher der Gesetzgeber dem Richter nur Maßstab und Rahmen für die konkret zu treffende Entscheidung an die Hand, wie dies beispielsweise im Zivilrecht durch die Aufstellung von Generalklauseln und im Strafrecht durch die Schaffung von Strafraumen geschieht, so liegt die Parallele zum Verwaltungsermessen sehr nahe. Gleichwohl wird auch für diese Fälle von Seiten der Verwaltungsrechtswissenschaft immer wieder hervorgehoben, daß man das "Ermessen" des Richters, das allein darauf gerichtet sei, die im Einzelfall billige, d. h. nach den Vorstellungen des Gesetzgebers allein richtige ⁸⁴⁾ Entscheidung zu finden,

als solches rechtlicher Beurteilung erst unterworfen werde, wenn der vom Recht gesetzte Spielraum der Gewalt überschritten sei.

83) vgl. neben den oben auf S. 33 Anm. 48 Genannten R. Klein in AÖR 82,75 (84 ff.) und Jesch in AÖR 82,163 (169 ff.)

84) so Bettermann, Verwaltungsakt S. 366/367 - freilich wendet Jesch in AÖR 82,163 (185/186 N. 83) gegen diese Auffassung mit Recht ein, wie man von einer Freiheit zur Findung der Entscheidung (i. S. von schöpferischer Rechtsfindung) noch sprechen könne, falls nur eine "einzig richtige" Lösung vorstellbar sei. Jesch a.a.O. S. 169 ff. räumt dem Rechtsanwender daher ein echtes Urteilsermessen ein (S. 185), setzt davon jedoch scharf das Handlungsermessen der Verwaltung ab (a.a.O. S. 233/234). Ähnlich wie Jesch auch Larenz, Methodenlehre S. 226 f. und R. Klein in AÖR 82,75 (86 und 117/118)

streng sondern müsse von dem nicht nach dem Recht, sondern nach dem Zweck ausgerichteten Verwaltungs-
ermessen 85).

Es bleibt die Frage, was denn die vorgeblichen Zwe-
cke der Verwaltung sind, nach denen sie verfährt und
wer diese bestimmt. Rechtsstaatlichem Denken ent-
spricht allein die Antwort, daß die vermeintliche
Zweckmäßigkeit, nach der die Verwaltung im Bereich
des ihr eingeräumten Ermessens angeblich handelt,
rechtlich fixiert ist, ausgerichtet auf einen vom
Gesetz vorgegebenen Zweck 86), der seinerseits wie-
der seine Rechtfertigung findet im Zweck allen
Rechts, eine gerechte Ordnung zu verwirklichen 87).
Verfolgt daher der Richterspruch den "Zweck", einen
Rechtsfall nach dem Gesetz und damit "richtig" zu

85) An dieser Stelle wird die Verknüpfung der Er-
messenslehre mit der sog. "Schrankentheorie"
deutlich (vgl. dazu oben S. 9 f.), nach der das
Recht nur als äußere, der Verwaltung bei der
freien Verfolgung der Staatszwecke entgegenste-
hende Schranke begriffen wird. Vgl. dazu Rupp
S. 178 f. und Imboden, Gesetz S. 10 f. - Dem-
gegenüber ist hier erneut zu betonen, daß die
Verwaltung "im Rechtsstaat gebunden (ist) an
den gesetzlichen Auftrag und die in ihm gege-
benen rechtlichen Richtlinien, daher ist ihre
Entscheidungsfreiheit stets letztlich im Recht
gebunden, durch seine Maßstäbe begrenzt und be-
stimmt". (so Scheuner, Regierung S. 278)

86) Scheuner in VerwArch 33,68 (70/71), der in die-
sem Zusammenhang auch die These kritisiert, Ver-
waltung sei ihrem Wesen nach "freie Tätigkeit
im Rahmen der Staatszwecke"; ferner Burckhardt,
Organisation S. 57/58

87) Zu Recht - wenn auch in anderem Zusammenhang -
betont Kelsen, Gerechtigkeit S. 15, daß es ent-
scheidend nicht auf die Rechtfertigung des Mit-
tels, sondern auf die des Zweckes ankommt. Auch R.
Klein in AöR 82,75 (86) hat diese Problematik
wohl erkannt, wenn er schreibt, daß bei der Ge-
setzesanwendung für Ermessen Raum sei, weil die
gesetzliche Gerechtigkeitsrealisierung nicht ob-
jektiv erkennbar(!) sei, während das Verwaltungs-
ermessen dort seinen Sitz habe, wo eine gesetz-
liche Gerechtigkeitsrealisierung gar nicht statt-
gefunden(!), die Entscheidung aber dennoch ge-
rechtigkeitsbezogen zu sein habe. R. Klein ver-
mag aber von seinem Standpunkt aus auch keine

entscheiden, so liegt im Bereich des Verhältnisses Staat - Bürger der von der Verwaltung im Rahmen der Rechtsordnung zu intendierende "Zweck" in der Erfüllung der Aufgabe, die dieses Verhältnis betreffenden Normen für den Einzelfall nach dem vom Gesetz vorgezeichneten Maßstab zu konkretisieren⁸⁸⁾. Es ist daher H. J. Wolff absolut beizupflichten, wenn er gegenüber Unterscheidungen der erwähnten Art betont, daß bei rechtsimmanenter Betrachtungsweise - und eine solche kommt für den Juristen zu allererst infrage - sowohl Rechtsprechung als auch Verwaltung der Rechtsverwirklichung dienen, indem sie Rechtssätze vollziehen⁸⁹⁾.

Die h. M. gerät denn auch mit der These, das verwaltungsrechtliche Ermessen sei als Freiheit vom Gesetz aufzufassen und damit das Gegenteil von Rechtsanwendung, in unlösbare Widersprüche, wie neuerdings Rupp⁹⁰⁾ wieder nachgewiesen hat. In ih-

Antwort auf die Frage zu geben, welche - wenn nicht gesetzsimmanente - Kriterien diese Gerechtigkeitsbezogenheit denn nun garantieren. Er widerspricht sich daher selbst, wenn er a.a.O. S. 92 ausführt, ob Ermessen pflichtgemäß ausgeübt werde, bestimme sich danach, welchen Weg die gesetzliche Gerechtigkeitsrealisierung dem Ermessen für die ihm anheimgegebene ergänzende(!) Gerechtigkeitsrealisierung gewiesen(!) hat.

- 88) Auf dieses Ergebnis laufen auch schon die Ausführungen von Apelt S. 97 hinaus, wenn er ausführt, daß die Verwaltung auch da, wo sie nicht unter dem unmittelbaren Einfluß eines Rechtsatzes stehe, sondern nach freiem Ermessen schöpferisch handle, nicht nach Belieben einen Verwaltungsakt setzen könne - wie etwa der Privatmann den Abschluß eines Rechtsgeschäfts vollziehe oder unterlasse -, sondern dabei Pflichten, die ihr verfassungsmäßig zugewiesen seien und die demgemäß ihren Willen leiten müßten, zu erfüllen habe. Es bleibt die Frage, inwiefern unter diesen Umständen noch ein begrifflicher Gegensatz zwischen Rechtsanwendung und Ermessensausübung bestehen kann, lassen sich diese Pflichten doch nur als Rechtspflichten begreifen.

89) VerwR I, § 19 I a 3

90) S. 178 ff.

rer Konzeption hebt das Recht sich praktisch selbst auf, denn wie anders läßt sich rechtstheoretisch die - wenn auch innerhalb bestimmter Grenzen erteilte - Ermächtigung zum Handeln anstelle des Gesetzgebers oder, wie Rupp ⁹¹⁾ sie beschreibt, "zum Betreten rechtsleerer Räume" begreifen, es sei denn, man spräche der Verwaltung insoweit eine Normsetzungsbefugnis zu ⁹²⁾? Doch diese Konsequenz wird von der h. L. gerade - und mit Recht - nicht gezogen, freilich nur aus dem Grunde nicht, weil sie von einem an den Merkmalen der Abstraktheit und Allgemeinheit orientierten Gesetzesbegriff ausgeht ⁹³⁾. Scheidet man dagegen Rechtssetzung und Rechtsanwendung danach, ob der Wille des Staatsorgans, dem ein bestimmter Sollenssatz zugerechnet wird, von der Rechtsordnung als in gewissen Grenzen autonomer - d. h. seine Zwecke selbst wählender - oder als heteronomer gewertet wird ⁹⁴⁾, so braucht man sich bloß die Formulierung des § 114 VwGO vor Augen zu halten bzw. sich den Satz, daß Ermessen stets pflichtgebunden ist, zu vergegenwärtigen, um einzusehen, daß Ermessensausübung stets nur Rechtsanwendung bedeuten kann. Denn unter der sogenannten Pflichtgebundenheit des Ermessens verbirgt sich ja letztlich nur die Umschreibung für den Befund, daß der das Ermessen ausübenden

91) S. 182 - Es sei hier in aller Kürze folgendes angemerkt: Hält man die Vorstellung eines "rechtsleeren (oder rechtsfreien) Raumes" nicht überhaupt für verfehlt (so Rupp S. 180 Anm. 248), dann ist jedenfalls - siedelt man das Ermessen im "rechtsfreien Raum" an, - die Konsequenz unausweichlich, daß damit das Ermessen ganz aus dem Rechtsbereich herausfällt. Zur Problematik des "rechtsfreien Raumes" vgl. im übrigen auch Engisch in ZfgesStW 108, 385 ff.

92) Daß dies die eigentliche Konsequenz der h. L. ist, hat schon Scheuner in VerwArch 33, 68 (81) dargetan. Vgl. dazu auch Rupp S. 197 f. - Folgerichtig hat daher auch Drost S. 76 f., der ebenfalls die Ermessensbindung nur als "Grenze" und "Schranke" versteht, für das Strafrecht aus-

de Verwaltungsbeamte die im Gesetz niedergelegten Wertvorstellungen zu verwirklichen, zu konkretisieren habe.⁹⁵⁾

Vom Standpunkt der h. L. ist diese Pflichtgebundenheit freilich nicht näher erklärbar, ja sie ist ein Widerspruch in sich⁹⁶⁾. Denn neben den äußeren Schranken des Ermessens, die sich nur auf die Voraussetzungen beziehen, unter denen Ermessen ausgeübt werden darf⁹⁷⁾, kann es "innere" Grenzen⁹⁸⁾ subjektiver oder objektiver Art jedenfalls dann nicht mehr geben, wenn Ermessen gerade in der Freiheit vom Willen des Gesetzes bestehen soll. Kelsen⁹⁹⁾ hat daher denn auch gegen v. Laun¹⁰⁰⁾, der sich bemüht, diese innere Gebundenheit als Rechtspflicht zu begreifen, obwohl nach seiner Ansicht eine gesetzliche Bindung nicht vorliegt¹⁰¹⁾, mit Recht eingewendet, es müsse für eine nicht naturrechtliche Jurisprudenz unerfindlich bleiben, wie es eine Rechtspflicht geben könne, die nicht "gesetzlich" sei¹⁰²⁾. Ja man kann sogar noch weitergehen und sagen, daß die h. M. nicht

geführt, die richterliche Ermessensentscheidung sei nicht nur Rechtsanwendungsakt, sondern schaffe, "soweit (die) Wahlfreiheit reicht", eine "Individualrechtsnorm".

93) vgl. etwa W. Jellinek, Gesetz S. 141 f.

94) vgl. dazu Burckhardt, Organisation S. 268; Rupp S. 193; Haenel S. 184 ff.

95) Zu Recht bemerkt Forsthoff, Lehrbuch S. 92 Anm. 1, die Pflichtgebundenheit des Ermessens müsse für die moderne Verwaltung umso mehr betont werden, als für sie das Recht nicht mehr nur Schranke, sondern Maxime des Handelns sei. Vgl. auch Kopp in DÖV 1966, 317(320)

96) Scheuner in VerwArch 33, 68 (74); ferner Jöhr S. 95 ff.

97) vgl. Stern, Ermessen S. 27 mit weiteren Nachweisen

98) zu den inneren Ermessenssschranken vgl. im einzelnen Stern, Ermessen S. 27 ff. und 30 f.

99) Hauptprobleme S. 509/510 Anm. 1

100) S. 114 f. und 176 f.

101) S. 70 f. und 176

einmal ein plausibles Argument für die Beantwortung der - angesichts ihrer Konzeption vom "freien" Ermessen naheliegenden - Frage liefern kann, inwiefern einem Ermessensakt der Verwaltung überhaupt Verbindlichkeit sollte zukommen können, ist er doch weder Rechtssetzung noch Rechtsanwendung und fällt damit aus dem Rechtsbereich heraus ^{102a)}. Mit dem Stichwort von der Gebundenheit und Freiheit der Verwaltung wird daher denn auch im allgemeinen Gewaltverhältnis kein qualitativer Unterschied des verwaltungsrechtlichen Handelns bezeichnet, sondern werden nur die polaren, sich gegenseitig bedingenden Bezugspunkte angedeutet, in deren Spannweite sich Rechtsanwendung verwirklicht ¹⁰³⁾.

Das Ermessen ist also, wie Scheuner ¹⁰⁴⁾ es formuliert, "Auslegungsproblem, Schwierigkeit, den Inhalt des Gesetzes zu ermitteln". Dasselbe meint of-

102) Tezners scharfe Kritik an der v. Launschen Konzeption des Ermessensbegriffs geht ebenfalls von diesem Widerspruch aus (S. 4 ff.) auf den auch Bühler S. 171 f. hinweist. An ihm kränken auch noch die Arbeiten von Klein in AöR 82,75 ff. (vgl. oben S. 63 Anm. 87) und von Jesch in AöR 82,163 ff (vgl. dazu unten S. 79 Anm. 131)

102a) Um diese Konsequenz zu vermeiden, umschreibt Herbert Krüger, Staatslehre S. 291, das Ermessen als "Ermächtigung an den Gesetzesanwender, seinerseits Normen (!) und Maßstäbe für die Entscheidung des Einzelfalles zu bilden". In DöV 1958,673 ff. nennt er die nach Ermessen handelnde Verwaltung einen "zweiten Normsetzer" (S. 675) bzw. "Mitgesetzgeber" (S. 676); - vgl. hierzu auch S. 65 Anm. 92 der vorliegenden Untersuchung

103) Scheuner in VerwArch 33,68 (81); Rupp S.201; Herrnritt S. 297 ff.; Giacometti S. 63, der diese Konzeption jedoch nicht durchhält (vgl. dazu unten S. 75 Anm. 125); Jöhr S. 18 ff., 35 f. und 245 f.; - Für die Wiener Schule ist dies Ergebnis von ihrem Ausgangspunkt her sowieso selbstverständlich, vgl. etwa Kelsen, Hauptprobleme S. 507; derselbe in Justiz S. 16 f.

104) VerwArch 33,68 (84)

fenbar auch Walter Burckhardt¹⁰⁵⁾, wenn er schreibt, daß die Auslegung eines Rechtssatzes wie das Entscheiden nach Ermessen in einer Ergänzung des gesetzgeberischen Gedankens bestehe¹⁰⁶⁾.

Ermessensausübung ist "wählendes Verhalten im Rahmen einer Wertverwirklichung"¹⁰⁷⁾. Dieser Definition Forsthoffs ist - versteht man sie recht - durchaus beizustimmen. Auf den Vorgang der Rechtsanwendung bezogen besagt sie, daß ein die Rechtsfolge eines ermessengewährenden Rechtssatzes auslösender Sachverhalt nur in Vollzug einer Bewertung festgestellt werden kann, die ihrerseits den Prinzipien, wie sie in der gesetzlichen Regelung zum Ausdruck kommen, entsprechen muß¹⁰⁸⁾. Tatsachenfest-

105) Organisation S. 58 mit N. 82 - Dieser Konzeption neigt anscheinend auch Engisch, Einführung S. 111 f. zu, wenn er die Ermessensproblematik durchgängig im Rahmen der Interpretationslehre abhandelt und dabei von "der Wertung des Rechtsanwenders" spricht. Ebenso - für das Strafrecht - Warda S. 118 f.: "Das richterliche Ermessen, das sich ä u ß e r l i c h als Auswahl unter mehreren vom Gesetz zur Verfügung gestellten Entscheidungsmöglichkeiten darstellt, bedeutet somit d e m W e s e n n a c h letztlich nichts anderes als K o n k r e t i s i e r u n g des gesetzlichen Werturteils und V o l l z i e h u n g der gesetzlichen Ziele im Einzelfall. Indem der Richter sich dieser Aufgabe unterzieht, den gesetzlichen Willen in der konkreten Ermessensentscheidung zur Durchführung bringt, wendet er die das Ermessen erteilende Rechtsnorm auf den zu beurteilenden Sachverhalt an; seine ermessende Entscheidungstätigkeit ist daher strukturell R e c h t s a n w e n d u n g" (Hervorhebungen in Abweichung vom Original).

106) Auch Stern, Ermessen S. 16 f. scheint, wenn ich ihn richtig verstehe, in diese Richtung zu tendieren. Er begreift das Ermessen als ein Handeln nach - absolut verbindlichem, qualitätsbezogenem - Richtmaß und sieht dessen Charakteristikum darin, daß der "Gesetzgeber einen Restraum nicht von ihm im voraus gepräg-

stellung und Tatsachenbewertung, sonst im Rahmen der Bildung des juristischen Untersatzes zwei durchaus zu trennende Schritte, sind hier also unlösbar miteinander verknüpft ¹⁰⁹⁾. Dabei ist gleichgültig, ob ein wertausfüllungsbedürftiger (normativer) Begriff auf der Tatbestandsseite des Rechtssatzes angesiedelt ist oder ob durch die Norm ein sogenanntes Rechtsfolgeermessen ¹¹⁰⁾ eingeräumt wird ¹¹¹⁾. Es ist

ter Eigenentscheidung der Verwaltung in Kauf nimmt" (S. 21). Damit wird die Grenze zum unbestimmten Rechtsbegriff fließend, zumal wenn man diesen Begriff versteht als einen Rechtsbestandteil, der durch Rechtslehre und Rechtsprechung mittels Einfügung einer Spezialnorm in den abstrakt gefaßten Rahmen des unbestimmten Gesetzes ausgefüllt werden muß. - So Schwinke S. 120 f.; vgl. auch Engisch, Einführung S. 126 - Stern selbst sieht im Ergebnis den Unterschied zwischen unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessen nur noch darin, daß dort das Gesetz notgedrungen, hier bewußt ausfüllungsfähig ist (ebda).

107) Forsthoff, Lehrbuch S. 82

108) Rupp S. 206 ff.; Burckhardt, Organisation S. 57/58; Scheuner in VerwArch 33,68 (83/84)

109) Engisch, Logische Studien S. 111 f.; Jesch in AöR 82,163 (193 f.)

110) Die h. L. ist der Auffassung, daß es ein sog. kognitives Ermessen nicht gibt, vgl. Wolff, VerwR I § 31 II a; Stern, Ermessen S. 23; Jesch in AöR 82,163 (208); Obermayer in NJW 1963,1177 f.; Franz Mayer S. 16; Redeker-v. Oertzen § 114 Rdz. 4; Bachof in JZ 1955,97 ff. sowie Verfassungsrecht S. 231; vgl. ferner die Nachweise bei Ehmke S. 28 Anm. 20. Sie führt es freilich über den sog. unbestimmten Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum durch die Hintertüre wieder ein. Gegen die h. L.: Ehmke S. 23 ff., 28 ff.; Lerche in Staatslexikon Bd. 3 S. 12; Klein in AöR 82,75 ff.; - vgl. ferner die interessanten Stellungnahmen von Jesch in AöR 82, 163 (233); Forsthoff, Lehrbuch S. 82 ff., insb. S. 85 Anm. 2 und W. Jellinek, Gesetz S. 132, 188 - Auch Engisch, Einführung S. 115 kennt sog. Ermessensbegriffe und meint (S. 222 Anm. 137), daß die Wertung des rechtsanwendenden Organs

weitgehend eine bloße Frage der Gesetzestechnik, welche Form im Einzelfall gewählt wird ¹¹²⁾. Ist bspw. eine "Kann-Vorschrift" anzuwenden, so läßt sich aus der bloßen Tatsache, daß ein Sachverhalt dem Tatbestand dieser Bestimmung unterfällt, noch gar nichts für die Beantwortung der Frage

innerhalb der Beurteilungsspielräume "dem Tatbestandsermessen methodologisch und bezüglich der gerichtlichen Nachprüfbarkeit nahe stehen" dürfte. Ganz durcheinander geht es bei Eyermann-Fröhler, VwGO § 114. Während in Rdz. 9 - 9 e ausführlich begründet wird, daß zwischen kognitivem Ermessen (zu dem auch der sog. Beurteilungsspielraum bei unbestimmten Rechtsbegriffen gerechnet wird) und volitivem Ermessen (Wahlfreiheit bezüglich der Rechtsfolge) kein prinzipieller Unterschied bestehe, heißt es bei Rdz. 10, der Behörde könne ein Handeln nach Ermessen nur für den Vollzug der Rechtsfolge, nie aber für die Tatbestandsseite eines Rechtssatzes eingeräumt sein.

- 111) Daher ist auch die These, die Gewährung eines "Tatbestandsermessens" sei mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar - so etwa Maunz-Dürig Art. 20 Rdz. 91 letzter Absatz - , in dieser Allgemeinheit unrichtig. Hinter ihr steht noch die Auffassung, Ermessen sei als "Freiheit von gesetzlicher Bindung" zu begreifen. Versteht man dagegen die Ermessensproblematik als Aufgabe zur Konkretisierung eines im Gesetz vorgezeichneten Maßstabes, so stellt sich die Frage anders, nämlich allein dahin, ob dem Rechtsanwender noch ein tauglicher Maßstab an die Hand gegeben worden ist, mit Hilfe dessen sich noch berechenbare Ergebnisse erzielen lassen. Muß dies verneint werden, so ist die betreffende Norm nichtig, weil damit der Gesetzgeber verfassungswidrigerweise der Verwaltung eine Befugnis zur Rechtssetzung eingeräumt hat. Ob es sich dabei um Tatbestands- oder Rechtsfolgeermessen handelt, ist letztlich gleichgültig. So hat denn auch das BVerfG in einem Beschluß vom 10. Juli 1958 in BVerfGE 8, 71 (78) die erste Anordnung des Reichsbauernführers zur Verordnung über den Anbau von Weinreben vom 1. April 1937 (RNVBl S. 145) deshalb als nichtig angesehen, weil § 1 der Anordnung "bewußt j e d e m Verwaltungsermessen freien Spielraum" lasse (Hervorhebung im Original). Und das BVerwG hat in einem Urteil vom 31. Januar 1956 in BVerwGE 3, 121 (124) die "Kann-Bestimmung" des § 2 Abs. 1 BMG 1955 u. a. deshalb als "Muß-Vorschrift"

gewinnen, ob damit die Norm zur Anwendung kommt oder nicht ¹¹³⁾. Das richtet sich vielmehr allein danach, wie dieser Sachverhalt nach dem durch die gesetzliche Regelung intendierten Maßstab zu bewerten ist, eine Frage, deren Beantwortung voraussetzt, daß die unter diesem Gesichtspunkt entscheidungserheblichen Bezüge des Sachverhalts herausgearbeitet werden. Anders ausgedrückt: Der den gesetzlichen Tatbestand erfüllende Sachverhalt wird über die Merkmale dieses Tatbestandes hinaus weiter konkretisiert, bis er eine Bewertungsgrundlage nach den in der Rechtsnorm zum Ausdruck gekommenen Wertgesichtspunkten bietet. Dies kann jedoch nur wiederum in Ausrichtung am Zweck der gesetzlichen Regelung erfolgen.

Ermessensausübung ist also Konkretisierung eines vom Gesetzgeber bewußt "offen" gestalteten Rechtsatzes an Hand eines dem Rechtsanwender vorgegebenen Bewertungsmaßstabes. Damit ist die Anpassungsfähigkeit der Rechtsnorm ¹¹⁴⁾ an die Besonderheiten der jeweils in Frage stehenden Situation ¹¹⁵⁾ in hervorragendem Maße gewährleistet - ein Resultat

aufgefaßt, weil bei Annahme einer Ermessensvorschrift nicht zu erkennen sei, nach welchen Gesichtspunkten die Behörde ihr Ermessen ausüben solle.

112) Engisch, Einführung S. 117 und 222 Anm. 138; Ehmke S. 28; Mannheim S. 150; vgl. auch Eyer-
mann-Fröhler, VwGO § 114 Rdz. 9 b

113) Nur aus diesem Grund kann man sagen, daß bei der Anwendung ermessensgewährender Rechtssätze mehrere Verhaltensweisen gleich richtig seien (vgl. statt vieler: Obermayer in NJW 1963, 1177 und Eyer-
mann-Fröhler, VwGO § 114 Rdz. 7). Dieser Satz gilt also nur bei abstrakter Betrachtungsweise, d. h. er ist in dem Sinne zu verstehen, daß die Sachverhalte X und Y, obgleich beide dem Tatbestand des Rechtssatzes A unterfallen, unterschiedlich geregelt werden können. Dagegen ist eine Vorstellungsweise, die meint, an den Sachverhalt X könne diese oder jene Rechtsfolge geknüpft werden, abzulehnen.

114) Stern, Ermessen S. 17 ist daher beizustimmen, wenn er ausführt, Ermessen erstrebe Gerechtigkeit im Einzelfall und zwar an Hand der der Rechtsordnung immanenten und objektiv zu ermit-

tat, das gerade im öffentlichen Recht mit seinen zum großen Teil variablen Sachlagen von besonderer Bedeutung ist.

Eine Norm muß zwar eine rechtsstaatlichen Mindestanforderungen genügende Bestimmtheit aufweisen, kann aber ansonsten so "weit" gestaltet sein, daß sie der Eigenart des jeweils zu beurteilenden Sachverhalts genügend Rechnung trägt, also individueller Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit den erforderlichen Raum gibt ¹¹⁶⁾. Man darf das freilich nicht dahin mißverstehen, als ob ein ermessengewährender Rechtsatz lediglich die Anweisung des Gesetzgebers an den Rechtsanwender beinhalte, unter bestimmten Voraussetzungen nach "Gerechtigkeit" zu verfahren. Das würde allerdings eine bedenkliche Verweisung auf eine bloße Leerformel ¹¹⁷⁾ darstellen. Der Gesetzgeber muß darüber hinaus vielmehr noch - und tut dies auch regelmäßig - dem Rechtsanwender die Richtschnur für die Entscheidung im Einzelfall weisen, ihm die Interes-

telnden Werte.

115) vgl. dazu Engisch, Konkretisierung S. 78 ff.

116) Zutreffend betont daher Kelsen, Justiz S. 17 f., daß es sich hier um eine rechtspolitische Problematik handelt, die er wie folgt umschreibt: "Gerade hinsichtlich der Frage, inwieweit der Rechtsanwender durch das Gesetz gebunden werden solle, stehen sich zwei entgegengesetzte Anschauungen gegenüber: Weitgehende Bindung fordern die einen, um den einzelnen nicht der Willkür des Organs preiszugeben, um Sicherheit in diese Phase der Rechtskonkretisation zu bringen, um sie soweit als möglich voraussehbar, berechenbar zu machen. Weitgehende Freiheit die anderen, um die individuelle Norm, die konkrete Entscheidung oder Verfügung der Besonderheit des Falles möglichst anzupassen, um die Härten zu vermeiden, die mit einer weit ins Detail gehenden, inhaltlich sehr erfüllten generellen Normierung verbunden sind." (Hervorhebungen im Original)

117) vgl. dazu Kelsen, Gerechtigkeit S. 23 ff.; Topitsch in JZ 1963, 1 ff. und Fritz von Hippel, Privatautonomie S. 75 Anm. 1

sen ¹¹⁸⁾ angeben, die er zu berücksichtigen oder womöglich gegeneinander abzuwägen hat.

Daß in Vollzug der damit der Verwaltungsbehörde gestellten Aufgabe oftmals durchaus unterschiedliche Bewertungen möglich erscheinen, ist selbstverständlich, aber praktisch eine jeder Rechtsanwendung mehr oder weniger eigentümliche Erscheinung. Es ist daher auch grundsätzlich verfehlt, aus dieser bei der Ermessensausübung nur besonders deutlichen Auslegungsproblematik irgendwelche Schlußfolgerungen auf eine angeblich letztverbindliche Erkenntniszuständigkeit der Verwaltungsbehörden zu ziehen. Diese gebührt unter der Herrschaft des Grundgesetzes, das jede Rechtsanwendung durch die Verwaltung im Rahmen des Art. 19 Abs. 4 GG richterlicher Kontrolle unterwirft, allein den Gerichten ¹¹⁹⁾. Diese nahmen und nehmen denn auch die Befugnis zur Letzterkenntnis für sich in Anspruch, indem sie nachprüfen, ob die Verwaltung ihr Ermessen "pflichtgemäß" ausgeübt hat. Wenn z. B. in Rechtsprechung und Lehre überwiegend gefordert wird ¹²⁰⁾, die Behörden müßten die für ihre Ermessensausübung maßgeblichen Gesichtspunkte im einzelnen darlegen, damit ihre Entscheidungen im Hinblick auf etwaige Ermessensfehler überprüft werden könnten, so bedeutet das der Sache nach nichts anderes, als daß die Verwaltungsgerichte die von den Behörden durchgeführten Subsumtions- und Interpretationsvorgänge auf ihre Richtigkeit hin

118) die ihrerseits oft nur aus teleologischem Wege aus der Aufgabennorm erschließbar sind, vgl. Stern, Ermessen S. 25 f., 27 f.

119) Rupp S. 212; Kopp in DÖV 1966, 317 (318 ff.)

120) BVerwG, Urteil vom 7. November 1958 in VerwRSpr 11, 879; Urteil vom 15. April 1959 in BVerwGE 8, 234 (238) und Urteil vom 14. Oktober 1965 in DÖV 1966, 137, wo die an die Begründung einer Ermessensentscheidung zu stellenden Anforderungen im einzelnen näher präzisiert werden - ferner Eyermann-Fröhler, VwGO § 114 Rdz. 6 und Redeker-v. Oertzen, § 114 Rdz. 14

untersuchen. Die Lehre von den Ermessensfehlern ist mithin im Ergebnis nur eine Systematik der bei der Anwendung normativer Begriffe auftretenden möglichen Fehler ¹²¹⁾. Ottmar Bühler hat denn auch - vom Standpunkt der h. L. aus gesehen durchaus zu Recht - die Ermessenskontrolle als "Ersatz für zu Unrecht versagte Rechtskontrolle" bzw. als "versteckte Rechtskontrolle" ¹²²⁾ bezeichnet.

An einem Beispiel mag das bisher Gesagte noch weiter verdeutlicht werden. Gem. § 57 Abs. 1 lit. a GewO kann einem Antragsteller die Reisegewerbekarte versagt werden, wenn er ein oder mehrere Kinder besitzt, für deren Unterhalt nicht genügend gesorgt ist. Der Zweck dieser Vorschrift ist klar. Mit ihr wird ein "Fürsorgereisches Interesse" gewahrt ¹²³⁾. Die Behörde soll die Befugnis haben, einem Antragsteller die nachgesuchte Reisegewerbekarte zu verweigern, wenn die Besorgnis gerechtfertigt erscheint, daß dieser sich dann den Unterhaltspflichten gegenüber seinen Abkömmlingen entziehen werde und damit - so wird man im Hinblick auf die sonst zweifelhafte Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift hinzufügen müssen - auch seine Unzuverlässigkeit für das Gewerbe im Umherziehen zu befürchten ist. Vor ihrer Entscheidung hat die Behörde mithin Erkundigungen über die Person des Antragstellers und seinen Charakter einzuholen, die aussagekräftig genug sind, um einen Schluß auf das mutmaßliche Verhalten des Antragstellers in Bezug auf seine Verpflichtungen zuzulassen und damit sein

121) so richtig Giacometti S. 63 unter Hinweis auf Scheuner in VerwArch 33,68 (73)

122) S. 173/174

123) Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, GewO § 57 a Rdz. 22

Verantwortungsbewußtsein insgesamt bei vorausgesetzter Erteilung der Reisegewerbekarte näher beleuchten.

Die wiedergegebene gesetzliche Regelung ist rechtstechnisch auch in der Form denkbar, daß der Gesetzgeber auf der Tatbestandsseite der Bestimmung einen normativen Begriff verwendet, der dem Rechtsanwender den Maßstab bezeichnet, von dem er bei der Feststellung des Sachverhalts auszugehen hat. Eine solche Vorschrift könnte etwa lauten: Einem Antragsteller, der ein oder mehrere minderjährige Kinder hat, ist die Reisegewerbekarte zu versagen, wenn dies im Hinblick auf den nicht genügend sichergestellten Unterhalt der Kinder **g e b o t e n** erscheint. Daß sich auf diese Weise die "Kann-Vorschrift" in eine "Muß-Vorschrift" verwandelt, braucht nicht zu stören. Denn dieser Unterschied ist nur ein relativer. Muß von der rechtsanwendenden Behörde ein auf der Tatbestandsseite des Rechtsatzes verwendeter normativer Begriff - wie im gewählten Beispiel der Begriff "geboten" - ausgelegt werden, so verwandelt sich insoweit jede "Muß-Vorschrift" in eine "Kann-Bestimmung", wie Engisch mit Recht feststellt ¹²⁴⁾. Ob also der Gesetzgeber das Ermessen auf der Tatbestands- oder der Rechtsfolgeseite der Norm einräumt, macht keinen Unterschied ¹²⁵⁾ und ist insbesondere für die Frage sei-

124) Einführung S. 222 Anm. 138

125) Dies ist insbesondere gegen Giacometti S. 70 f. herauszustellen. Giacometti wendet sich zunächst ganz im Sinne der hier vertretenen Auffassung gegen die Ansicht, daß Ermessensfreiheit durch rechtliche Ungebundenheit charakterisiert sei (S. 62 f.)

ner gerichtlichen Überprüfbarkeit ohne Bedeutung¹²⁶⁾. Damit erweist sich das Rechtsfolgeermessen nur als eine besondere gesetzestechnische Form der Einräumung von Tatbestandsermessen, indem der rechtsanwendenden Behörde aufgegeben wird, am Maßstab der ratio legis den vom Gesetzgeber intendierten, aber nicht näher bezeichneten normativen Begriff herauszuarbeiten. Man könnte daher auch - in bewußtem Gegensatz zur h. L. - pointiert formulieren, daß es nur ein Tatbestands-, aber kein Rechtsfolgeermessen gibt 126 a).

Er zieht jedoch dann im folgenden einen scharfen Trennungsstrich zwischen Tatbestandsermessen einerseits, das jeder Tatbestandsfeststellung mehr oder weniger eigen sei und daher nur ein "relatives" Kriterium für die Abgrenzung abgebe (S. 64 ff., 69), sowie dem Rechtsfolgeermessen andererseits, das nicht zum Wesen der Rechtsfolge gehöre, und von ihm als "Bewertungsfreiheit des Rechtsanwendungsorgans bei der Knüpfung der Rechtsfolge an den festgestellten Tatbestand" (S. 71) begriffen wird. Damit mündet Giacometti wieder ganz in die herrschende Ermessenslehre ein, die er zuvor abgelehnt hat. Dementsprechend formuliert er ganz im Sinne der h. M. (S. 72) weiter, Ermessen sei immer dann gegeben, wenn die Behörde "die Wahl zwischen verschiedenen Arten des Handelns besitzt".

- 126) Das gibt implizite auch die h.L. zu, wenn sie bei unbestimmten Rechtsbegriffen mit Beurteilungsspielraum nur eine "Vertretbarkeitskontrolle" zulassen will. Vgl. Ule, Unbestimmter Rechtsbegriff S. 326 und Verwaltungsprozeßrecht S. 7; Bachof, Verfassungsrecht I S. 231 und in JZ 1955, 97 (99 f.); Obermayer in NJW 1963, 1177 (1178); derselbe in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer S. 149 f.; dagegen wie hier: Kopp in DÖV 1966, 317 ff.
- 126a) Auf dieses Ergebnis zielen wohl auch die Ausführungen von Michaelis S. 122. Michaelis versteht zwar das Rechtsfolgeermessen durchaus noch im Sinne der h. L. als "Wahl unter mehreren Rechtsfolgen", führt aber weiter aus, daß damit auch "eine Wahl bezüglich der Tatbestandsmerkmale" impliziert werde. Es heißt dann weiter: "Die Auswahl unter den Rechtsfolgen und die Bestimmung der rechtserheblichen Tatbestandsmerkmale sind von einander untrennbar. Ist die Verbindlichkeit der Auswahl bezüglich der Rechtsfolgen relativiert, so auch die Auswahl der Tatbestandsmerkmale." Dasselbe meint offenbar auch Engisch, Einführung S. 116, wenn er ausführt,

Damit wird zugleich auch klar, daß jedenfalls dann, wenn mit einem normativen Begriff auf der Tatbestandsseite des Rechtssatzes die bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigenden Wertge-

man müsse auch die sog. "Kann-Vorschriften" zu den normativen Begriffen zählen.

In diesem Zusammenhang ist auch das Urteil des BVerwG vom 29. April 1964 in NJW 1964, 1973 = DVBl 1964, 527 = DÖV 1964, 383 zu erwähnen, in dem zur Auslegung der Bestimmung des § 35 Abs. 2 BBauG Stellung genommen wird. Die erwähnte Vorschrift regelt die Zulässigkeit von nicht durch § 35 Abs. 1 BBauG privilegierten Bauvorhaben im Außenbereich und lautet: "Sonstige Vorhaben können im Einzelfall zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt." Das BVerwG begründet seine Ansicht, daß bei der Anwendung dieses Rechtssatzes der Verwaltung ein Ermessensspielraum nicht eingeräumt worden sei, u. a. mit dem Hinweis, es würde mit der verfassungsrechtlich gewährleisteten Eigentumsgarantie unvereinbar sein, ein keine öffentlichen Belange beeinträchtigendes Vorhaben gleichwohl nicht zuzulassen. "Gesichtspunkte", so heißt es dann wörtlich weiter, "die in Wahrheit mit der Wahrung öffentlicher Belange nichts zu tun haben, dürfen für die Verwaltung bei ihrer Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens keine Rolle spielen und müßten auch bei einer Ermessensentscheidung außer Betracht gelassen werden. Wenn aber schon bei der Subsumtion des Sachverhalts unter den unbestimmten Gesetzesbegriff alle rechtlich relevanten Gesichtspunkte geprüft werden müssen, so bleibt kein Raum für eine Ausübung des Ermessens, bei der wiederum nur darauf abzustellen wäre, ob die Ausführung oder die Benutzung des Vorhabens öffentliche Belange beeinträchtigt." Deutlicher kann man kaum darlegen, wie sehr Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen miteinander zusammenhängen und daß das letztere umso geringer ist, je weiter gefaßt der auf der Tatbestandsseite der Norm verwendete unbestimmte (normative) Rechtsbegriff ist - ein vom Standpunkt der h. L. aus gewiß ungewöhnliches Ergebnis. Es ist daher auch nicht verwunderlich, daß das Urteil scharf kritisiert worden ist (vgl. Menger in VerwArch 56, 81 (89 f.); Klein in DÖV 1964, 658; Ackermann in DÖV 1964, 721). Bedenklich wird die Entscheidung freilich dadurch, daß das Gericht offenbar glaubt, es dürfe sich bei der Prüfung, ob der Begriff "Beeinträchtigung öffentlicher Belange" rich-

sichtspunkte abschließend aufgeführt sind, es rechtssystematisch ein Unding ist, auf der Rechtsfolge-seite der Vorschrift wiederum ein Ermessen einzuräumen ¹²⁷⁾. Es handelt sich in diesem Falle um eine Blankettvorschrift, die - da sie der Gesetzesauslegung nicht mehr die Richtung weist - wegen Verstoßes gegen Art. 20 Abs. 3 GG nichtig ist ¹²⁸⁾, es sei denn, daß eine verfassungskonforme Auslegung in eine Mußvorschrift möglich erscheint.

Demgegenüber haben die Versuche der Rechtslehre, zwischen sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffen mit Beurteilungsspielraum einerseits und Rechtsfolgeermessen andererseits rechtstheoretische Verschiedenheiten zu entdecken ¹²⁹⁾, bisher nicht zu gesicherten Ergebnissen geführt, sondern eher die

tig ausgelegt worden ist, keine Zurückhaltung auferlegen. Insoweit ist den Kritikern des Urteils im Ergebnis Recht zu geben, wenn sie der Auffassung sind, daß das BVerwG die Eingriffsintensität des § 35 Abs. 2 BBauG in den Eigentumsbereich überschätzt. Freilich korrigiert das Gericht seinen strengen Rigorismus doch wieder durch die Auffassung, daß Richtung und Inhalt der öffentlichen Belange i. S. von § 35 Abs. 2 BBauG weitgehend von den planerischen Vorstellungen der Gemeinde, wie sie sich in den Flächennutzungsplänen niedergeschlagen hätten, bestimmt würden (vgl. in diesem Zusammenhang auch das Urteil vom 4. März 1960 in BVerwGE 10,202 (205)). Zutreffend bemerkt daher Klein a.a.O. S. 658/659, das BVerwG gebe damit dem Begriff der öffentlichen Belange eine Weite, die im Ergebnis (!) um wenig oder nichts hinter der eines Ermessensbegriffs zurückstehe.

127) In diesem Zusammenhang sei auch auf das Urteil des BVerwG vom 14. Dezember 1962 in BVerwGE

Widersprüche in der herrschenden Ermessenslehre vermehrt¹³⁰⁾. Es ist in der Tat unerfindlich, weshalb die Behörde, wenn sie einen unbestimmten Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum auslegt, im Gegensatz zur Ermessensausübung Rechtsanwendung betreiben soll, obwohl doch in beiden Fällen "Spielräume" auszufüllen sind¹³¹⁾. Hier wird

15,207 hingewiesen. Das Gericht führt dort (S. 211) aus, daß solche Faktoren, die bereits im Rahmen eines unbestimmten Gesetzesbegriffes zu berücksichtigen sind, nicht nochmals für die Ausübung eines von derselben Gesetzesbestimmung gewährten Ermessens ausschlaggebend sein dürfen.

128) Rupp S. 202

129) vgl. dazu die Nachweise oben S. 69 Anm. 110

130) Rupp S. 200; Ehmke S. 23 ff.; Klein in AöR 82,75 ff. In der Rechtsprechung des BVerwG hat diese Unterscheidung keine volle Anerkennung gefunden; vgl. die Nachweise bei Eyermann-Fröhler, VwGO § 114 Rdz.9, Bachof, Verfassungsrecht I S. 229 und Verfassungsrecht II S. 253 ff. sowie Kellner in NJW 1966,857 (858 f.). Die Tendenz des Gerichts geht vielmehr dahin, einen gerichtlich nicht nachprüfbaren Beurteilungsspielraum bei der Entscheidung einer Behörde nur für Prüfungs- oder prüfungsähnliche Entscheidungen sowie bei dienstlichen Beurteilungen im Beamtenrecht anzuerkennen - vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Mai 1965 in BVerwGE 21,127 (129 f.) einerseits sowie die Urteile vom 28. Januar 1966 in DVBl 1966,571 (573)=JZ 1966,611 (612), vom 22. April 1966 in BVerwGE 24,60 (64) und vom 25. Januar 1967 in BVerwGE 26,65 (74) andererseits. Noch weiter einschränkend will neuestens Schmidt-Salzer S. 76 f., 93 einen Beurteilungsspielraum nur noch bei "unvermeidbarer Tatsachendivergenz zwischen behördlicher Entscheidung und gerichtlichem Urteil" anerkennen.

131) So meint etwa Jesch in AöR 82,163 (233 f.), daß die Maßstäbe für die Ausübung des Verwaltungsermessens anders als beim Beurteilungsspielraum nicht rechtlicher, sondern metajuristischer Natur seien, weist jedoch - sich selber widerlegend - bei der Erörterung der "inneren Grenzen" des Ermessens (S.209 f.) nach, daß es das Gesetz selbst ist, das der Verwaltung bei der Ermessensausübung die Richtung weist. Ule, Unbestimmter Rechtsbegriff S. 312 führt aus, mit der Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs beabsichtige der Gesetzgeber nicht, die Verwaltung zu Ermessensentscheidungen zu ermächtigen. Anderenfalls unterstelle man, "daß er die Verwaltung durch den unbestimmten - aber bestimmten - Begriff zwar binden, in gleichem

lediglich sachlich Zusammengehöriges zerrissen und damit - ohne einen dogmatischen Gewinn zu erzielen - auch noch die Einheit des Ermessensbegriffs, wie ihn die ältere Lehre kannte, aufgegeben ¹³²⁾.

Was schließlich die richterliche Kontrolle der Ermessensausübung durch die Verwaltung betrifft, so soll hier nur folgendes festgestellt werden: Im Ermessensbegriff der h. L. ist die gerichtliche Unüberprüfbarkeit des Verwaltungshandelns innerhalb des vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten "Spielraums freier Wahlmöglichkeit" bereits mitgedacht. Gleichwohl wird die auch in diesem Bereich stattfindende verwaltungsgerichtliche Rechtskontrolle - als solche bezogen auf die Pflichtmäßigkeit der Ermessensausübung durch die Verwaltung - nicht als Fremdkörper empfunden. Damit spiegelt

Atemzüge aber von einer solchen Bindung habe freistellen wollen", was ein rechtslogischer Widerspruch sei. Es fragt sich nur, warum dieser angebliche Widerspruch nicht auch bemerkt wird, wenn von dem Begriff des pflichtgebundenen Ermessens die Rede ist. Versteht man unter Ermenen - wie es die h. L. tut - "Freiheit von gesetzlicher Bindung", so kommt man zu dem Monstrum einer "pflichtgebundenen Freiheit von gesetzlicher Gebundenheit". Zur methodologischen und verfassungsrechtlichen Problematik der Rechtsfigur des unbestimmten Begriffs mit Beurteilungsspielraum vgl. auch die Ausführungen von Czermak in JZ 1963, 276 ff.

- 132) Ob es wohl wirklich im Ergebnis von Bedeutung wäre, wenn man § 17 Abs. 2 Ziff. 1 BJG, wonach der Jagdschein Personen versagt werden kann, die noch nicht 18 Jahre alt sind, wie folgt umformulieren würde: "Jugendlichen unter 18 Jahren ist der Jagdschein zu versagen, wenn nach dem Gesamteindruck ihrer Persönlichkeit die Annahme gerechtfertigt erscheint, daß sie das für den Schußwaffengebrauch erforderliche Verantwortungsbewußtsein noch nicht besitzen oder die Jagd nicht waidgerecht ausüben werden."?
- Und was ist z. B. ernsthaft dadurch gewonnen worden, daß in der neueren Rechtsprechung Prüfungsentscheidungen nicht mehr als Ermessensakte (so noch OVG Münster, Beschluß vom 12. Januar 1954 in DVBl 1954, 584 (585) und OVG Berlin, Urteil vom 14. April 1954 in DVBl 1954,

sich die zuvor beschriebene dogmatische Widersprüchlichkeit auch im Bereich der Zuständigkeitsfrage wider.

Nach der hier vertretenen Konzeption umschreibt der Begriff des Ermessens nur eine spezifische Rechtsanwendungsproblematik, die als solche freilich auch eine ihrer besonderen Eigenart angepaßte richterliche Kontrolle erfordert, zu deren Komponenten nicht zuletzt ein gewisses Maß von Respekt ¹³³⁾ vor der dem rechtsanwendenden Organ durch das Gesetz abverlangten schöpferischen Leistung gehört. Soweit daher die Antwort auf die Frage, ob der handelnden Verwaltungsbehörde die mit der Auslegung und Anwendung eines Ermessensbegriffs aufgegebenen Wertkonkretisierung gelungen ist, in den rational nicht mehr weiter auflösbaren Bereich subjektiven Für-richtig-Haltens hineinführt, ist seitens des Richters Zurückhaltung geboten, will er sich nicht dem Vorwurf bloßer Betterwisserei aussetzen ¹³⁴⁾.

586), sondern als "Erkenntnisvorgänge in Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe" (so OVG Münster, Urteil vom 22. September 1958 in DVBl 1959,72) angesehen werden, bei deren Auslegung ein sog. "Beurteilungsspielraum" (vgl. BVerwG, Urteil vom 22. April 1963 in DÖV 1963,764; Urteil vom 14. Juli 1961 in BVerwGE 12,359 (363) und Urteil vom 26. Januar 1961 in BVerwGE 12,29 (34)) verbleibt? vgl. auch Ossenbühl in DÖV 1968,618

- 133) Ein Respekt, der z. B. darin zum Ausdruck kommen kann, daß man die Entscheidung der Verwaltungsbehörde als die eines besonders sachkundigen Experten wertet. - Vgl. dazu Stern, Ermessen S. 20 Anm. 53 und Czermak in JZ 1963,276 (278 f.)
- 134) Rupp S. 220 spricht in diesem Zusammenhang im Anschluß an E. Kaufmann WDStuVerwR Bd. 3 S. 697 von einer "Taktfrage". Treffend passen hier auch die Worte von Werner in DVBl 1957,221 (226), es sei in Ermessensfragen Aufgabe des Richters, "sich zurückzuhalten und kein Diktat der Betterwisserei zu betreiben". Vgl. ferner Czermak in NJW 1961, 1905 (1906); Kopp in DÖV 1966,317 (321 f.)

Freilich ist in diesem Zusammenhang immer auch zu berücksichtigen, welche Rechte des Bürgers in Frage stehen und wie diese sich zu dem vom Gesetzgeber inaugurierten Maßstab verhalten ¹³⁵⁾. Je

- 135) Das BVerfG (Beschluß des I. Senats vom 18. Juni 1960 in BVerfGE 11,168 (190 f.) und vom 16. Januar 1957 in BVerfGE 6,32 (42)) sowie das BVerwG (Urteil vom 4. März 1960 in BVerwGE 10,202 (205) und Urteil vom 3. November 1955 in BVerwGE 2,295 (301)) lassen sich bei der Frage, ob "unüberprüfbare Beurteilungsspielräume" bestehen, letztlich von der Erwägung leiten, welche Rechte des Staatsbürgers jeweils betroffen sind. Es sei ferner auf das bereits in Anm. 126a) (S. 77) zitierte Urteil des BVerwG vom 29. April 1964 zu § 35 Abs. 2 BBauG verwiesen. Das BVerwG geht in dieser Entscheidung davon aus, daß die genannte Bestimmung ein Rechtsfolgeermessen entgegen ihrem Wortlaut wegen des auf der Tatbestandsseite der Norm verwendeten Begriffs der "Beinträchtigung öffentlicher Belange" nicht mehr einräumt. Es prüft jedoch die Anwendung dieses Begriffs durch die Verwaltung umfassend nach. Das Gericht sagt dazu wörtlich: "Indes läßt das Gesetz auf die Frage, ob die Ausführung oder Benutzung des betreffenden Vorhabens öffentliche Belange beeinträchtigt, jeweils nur e i n e richtige Antwort zu." Warum dies so sei, wird nicht näher begründet. Das Urteil macht aber deutlich, daß es verfassungsrechtliche Überlegungen sind, die das BVerwG zu diesem Schlusse führen. Ob die insoweit angestellten - aus Art. 14 GG hergeleiteten - Erwägungen stichhaltig sind, mag hier dahinstehen. Die Entscheidung ist jedenfalls ein weiterer Beweis dafür, daß die Gerichte ihre Kompetenz zur Letzterkenntnis auch bei ermessengewährenden Rechtssätzen in Anspruch nehmen und die Intensität ihrer Überprüfung im Einzelfall mit der Behauptung dogmatisch zu rechtfertigen versuchen, der in der betreffenden Vorschrift verwendete unbestimmte Rechtsbegriff weise keinen Beurteilungsspielraum auf bzw. die Kannvorschrift sei in Wahrheit eine Mußvorschrift. Vgl. in diesem Zusammenhang ferner BVerwG, Urteil vom 24. Januar 1957 in BVerwGE 4,250 (255 f.) und Urteil vom 3. November 1955 in BVerwGE 2,295 (299) sowie Forsthoff, Lehrbuch S.86, der im Ergebnis zutreffend darauf hinweist, daß die Unterscheidung von Ermessens- und unbestimmten Rechtsbegriffen nicht allein den Regeln der abstrakten Logik folge, sondern durch

stärker der jeweilige Rechtsbereich grundrechtlich verbürgt und abgesichert ist, umso intensiver und dezidierter wird der Richter im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG um die eigene Stellungnahme ringen und bemüht sein müssen, immer wieder kritisch die Vorzugswürdigkeit der im Rahmen des Ermessensbegriffs anzustellenden, auf das öffentliche Wohl bezogenen Erwägungen gegenüber den Belangen des Bürgers abzuwägen. Umgekehrt: Je differenzierter und vielfältiger die auf das öffentliche Interesse bezogenen Gesichtspunkte sind, die im Rahmen der Auslegung und Anwendung eines Ermessensbegriffes berücksichtigt werden dürfen, umso mehr wird der Richter zögern, einen Ermessensakt der Verwaltung mit dem Verdikt der Rechtswidrigkeit zu belegen. ¹³⁶⁾

Soweit daher in dem im Text gewählten Beispiel die Behörde die beantragte Reisegewerbekarte versagt und damit in den Rechtskreis des Antragstellers eingreift ¹³⁷⁾, wird das Verwaltungsgericht im Streitfall die "Gebotenheit" der Maßnahme "schärfer" kontrollieren, als wenn umgekehrt das minder-

den verfassungsmäßig gewährleisteten Rechtsschutz in erheblichem Maße mitbestimmt werde. Forsthoff diskreditiert freilich mit dieser Bemerkung seinen eigenen methodischen Ansatz. Besteht nämlich zwischen Ermessensbegriffen einerseits und unbestimmten Rechtsbegriffen andererseits wirklich ein rechtslogischer Unterschied, so kann daran auch ein "verfassungsmäßig gewährleisteter Rechtsschutz" nichts ändern. Soll mit dieser Differenzierung jedoch die dogmatische Begründung dafür geliefert werden, daß gewisse Bereiche behördlicher Rechtsanwendung verwaltungsgerichtlicher Kontrolle entzogen sind, so handelt es sich dabei um eine *petitio principii*.

¹³⁶⁾ Es ist immerhin bemerkenswert, daß gerade auch Jesch in AöR 82, 163 (245 ff.) für den Bereich der Eingriffsverwaltung hinsichtlich der sog. unbestimmten Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum eine volle Erkenntniszuständigkeit der Gerichte im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG postuliert. Seine aus verfassungsrechtli-

jährige Kind des Antragstellers - seine Klagebefugnis vorausgesetzt - Anfechtungsklage erhebt gegen eine dem Vater erteilte Erlaubnis zur Ausübung des Gewerbes im Umherziehen. Hier steht der Schutz eines ganz anderen Rechtsbereiches infrage und sind die im Rahmen des Ermessens anzustellenden Erwägungen durchaus anderer und vielschichtiger Art. Entsprechendes gilt für die Fälle, in denen jemand von der Polizei ein Einschreiten gegenüber einem Dritten fordert. Hinsichtlich der gegen den Dritten gerichteten Maßnahmen ist ein anderer Prüfungsmaßstab anzulegen als für die Beurteilung der Frage, ob die Behörde dem Begehren des Verletzten auf Einschreiten stattzugeben hat. Daß diese beiden Seiten ein- und derselben Sache bislang nicht genügend auseinander gehalten werden, liegt daran, daß man das materielle Polizei- und Ordnungsrecht durchgängig noch immer unter der überkommenen Sichtweise der Eingriffsverwaltung betrachtet, obwohl es doch ebensosehr - ja in erster Linie - Leistungsverwaltung ist. Becker ¹³⁸⁾ spricht denn auch völlig zu Recht von der Eingriffsfunktion

chen Erwägungen hergeleiteten Überlegungen überzeugen freilich wegen des verfehlten Ausgangspunktes nicht. Vgl. Rupp S. 219 Anm. 376

- 137) Die interessante Frage, ob es sich hierbei - vom Standpunkt der h. L. betrachtet - wirklich um ein echtes "Rechtsfolgeermessen" handelt oder ob nicht vielmehr im Hinblick auf Art. 12 GG ein unbestimmter Rechtsbegriff zur Rechtsfolge-seite der Norm "abgewandert" ist, kann hier nur gestellt, aber nicht näher vertieft werden. Es sei in diesem Zusammenhang aber auf Friauf in JuS 1962,422 (424) verwiesen, der m. E. zu Recht - entgegen der noch h. L. (z. B. Fleiner S. 409; Wolff, VerwR I § 48 II a 4; v. Turegg-Kraus S. 134) - das Rechtsinstitut einer freien Erlaubnis bei präventivem Verbot unter Berufung auf einschlägige Urteile des BVerfG und des BVerwG für grundgesetzwidrig hält.

- 138) VVDStRL 14,96 (98 ff.); vgl. auch Beinhardt in DVBl 1961,608 ff.

der Verwaltung als einer Komplementär- oder Hilfsfunktion, die die Verwirklichung der Sozialordnung, die eigentliche Aufgabe der Verwaltung, (mit)ermöglichen soll.

In dem dargelegten Sinne muß man - wie nach den vorstehenden Ausführungen zur Relativität von Kann- und Mußbestimmungen unumgänglich - auch bei jeder Kannvorschrift fragen, in welcher Weise durch ihre Anwendung oder Nichtanwendung die Rechtssphäre des Einzelnen betroffen wird. Daß sich dabei nach überkommenem Gesetzesverständnis als echte "Kann-Bestimmungen" zu verstehende Rechtssätze in "Muß - Vorschriften" und umgekehrt verwandeln, ist eine Konsequenz, die von Rechtsprechung und Lehre, wenn auch von anderen dogmatischen Grundlagen her, schon längst gezogen worden ist und daher nicht weiter zu erschrecken braucht ¹³⁹⁾. Ferner ist folgendes zu berücksichtigen: Die mit einer "Kann-Bestimmung" abbreviatorisch durchgeführte Bezugnahme auf die ratio legis braucht nicht stets zu Auslegungsschwierigkeiten besonderer Art Anlaß zu geben, sondern kann im Gegenteil bei einer Reihe von Vorschriften die Wertungsgrundlage, von der der Rechtsanwender auszugehen hat, so exakt eingrenzen, daß

139) Ein aufschlußreiches Beispiel aus der Rechtsprechung bietet das Urteil des OVG Lüneburg vom 25. September 1958 in VerwRspr 12,23, in dem einerseits festgestellt wird, daß die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 9 Abs. 1 und Abs. 8 BFStrG im Ermessen der Behörde stehe, andererseits jedoch das Gericht darlegt, daß sich dieses an den in § 9 Abs. 3 BFStrG aufgezählten Schutzgütern zu orientieren habe und für sich in Anspruch nimmt, im Einzelfall voll nachzuprüfen, ob eine Gefahr für diese Schutzgüter entsprechend der Annahme der Behörde gegeben ist. Friauf stellt in seiner Besprechung des Urteils in JuS 1962, 422 (427) zu Recht fest, daß damit das OVG Lüneburg trotz seiner entgegenste-

der Bereich schöpferischer Erkenntnis bei der Auslegung sehr klein bleibt ¹⁴⁰⁾. Die sich daraus für die h. L. ergebende Problematik wird im allgemeinen mit der Behauptung umgangen, man müsse eben bei jeder "Kann-Vorschrift" prüfen, ob sie wirklich eine echte Ermächtigung zur Ermessensausübung beinhalte ¹⁴¹⁾. Schließlich darf in diesem Zusammenhang auch nicht vergessen werden, daß jede Subsumtion unter einen Ermessensbegriff diesen auch interpretiert und dadurch im Laufe der Zeit der mit dem Begriff vom Gesetzgeber intendierte Wertmaßstab "empirisch fixiert" ¹⁴²⁾ wird. Daß diese Fixierung im Verwaltungsrecht als Vorgang oft nicht in der Schärfe zu beobachten ist wie etwa im Zivilrecht,

henden Ausführungen der Behörde in Wirklichkeit gar keinen "echten" (d. h. nach der Terminologie der h. L. gerichtlich unüberprüfbaren) Ermessensspielraum zubilligt. Vgl. auch oben S. 82 Anm. 135

- 140) vgl. dazu etwa BVerwG, Beschluß vom 12. Mai 1959 in BBauBl 1959,395 (zu § 13 Abs. 4 RGaRO). Die Kritik von Scheerbarth in DVBl 1960,185 (186 f.) an dieser Entscheidung könnte nur dann überzeugen, wenn Scheerbarth nachweisen würde, daß das BVerwG den vom Gesetzgeber mit der jeweiligen "Kannbestimmung" intendierten Maßstab falsch interpretiert hätte. Neuerdings hat das BVerwG zur Auslegung des § 13 Abs. 4 RGaRO nochmals in einem Beschluß vom 25. Juni 1965 in BBauBl 1966,75 sowie in einem Urteil vom 5. Oktober 1965 in DÖV 1966,246 (248) = DVBl 1966,269 Stellung genommen.
- 141) vgl. in diesem Zusammenhang etwa die Ausführungen bei Redeker-v. Oertzen § 114 Rdz. 4 und Eyermann-Fröhler, VwGO § 114 Rdz. 10; ferner Ehmke S. 26
- 142) Forsthoff, Lehrbuch S. 87; vgl. auch Larenz, Methodenlehre S. 226 und Jesch in AöR 82,163 (233/234 f.) - beide allerdings nur hinsichtlich der unbestimmten Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum. Dieselbe Einschränkung findet sich auch bei Franz Mayer S. 19, wenn er meint, die mit Ausmaß und Tragweite des Beurteilungsspielraums zusammenhängende Problematik sei "grundsätzlich nur eine solche der Interpretation". Warum dies für den Er-

liegt nicht an der grundsätzlich verschiedenen rechtssystematischen Struktur der beiden Bereiche, sondern ist schlicht in der Tatsache begründet, daß die für die Auslegung bedeutungsvollen Umstände im Zivilrecht im allgemeinen eine größere Konstanz aufweisen als im öffentlichen Recht ¹⁴³⁾.

§ 12 Die Einordnung des Bedingungsbegriffes in den Vorgang der Rechtsanwendung und die daraus folgenden Erkenntnisse über die Struktur des bedingten Verwaltungsaktes

4. Im Verwaltungsrecht läßt sich also, wie noch einmal klar herausgestellt sei, die mit dem Ermessensbegriff angesprochene Problematik nicht als Ermächtigung zum Handeln im rechtsfreien Raum umschreiben, sondern - will man nicht tiefgreifende rechtsdogmatische Widersprüche in Kauf nehmen - nur innerhalb des Zusammenhangs einer - jeder Rechtsanwendung vorausgehenden - Lehre von der Auslegung und dem Verstehen der Rechtssätze bewältigen. Dies bedeutet, daß die Frage, inwieweit die Bedingung ein zulässiges Gestaltungsmittel im öffentlichen Recht darstellt, nicht vom Ermessen her gelöst werden kann. Gibt nämlich ein ermessengewährender Rechtssatz dem rechtsanwendenden Organ nicht die Befugnis, im Einzelfall zwischen mehreren rechtlich möglichen und damit rechtmäßigen Verhaltensweisen frei wählen zu können, sondern enthält er nur die Anweisung, an Hand des im Gesetz vorgezeichneten Maßstabes die abstrakte Norm zu konkretisieren, d. h. passend zu machen, bis sie den zu regelnden Sachverhalt so erschöpfend um-

messensbegriff nicht gelten soll, wird nicht näher erläutert.

¹⁴³⁾ Forsthoff, Lehrbuch S. 84

greift, daß er eine Bewertungsgrundlage für die auszulösende Rechtsfolge abgibt, dann kann keine Rede mehr davon sein, die Behörde könne hinsichtlich d i e s e s Sachverhalts eine Regelung treffen oder auch nicht treffen oder unter Bedingungen treffen. Und weiter: Ist auch Ermessensausübung Normenvollzug, so kann die einen ermessengewährenden Rechtssatz anwendende Behörde hinsichtlich des von ihr zu beurteilenden Falles immer nur zu dem Ergebnis kommen, daß ein die Rechtsfolge auslösender Sachverhalt vorliegt oder nicht vorliegt ¹⁴⁴⁾. Die Vorstellung, die Verwaltung sei befugt und in der Lage, einem gegebenen Sachverhalt die Rechtsfolge einer bestimmten Norm nur unter der Voraussetzung zuzuordnen, daß ein Ereignis X eintritt, welches seinerseits als diesem Sachverhalt isoliert gegenüberstehend gedacht wird, ist in einem Rechtsstaat ein Unding und läuft im Ergebnis auf bedingte Rechtsanwendung und damit auf eine partielle Gehorsamsverweigerung gegenüber dem Gesetzesbefehl hinaus. Die Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge im jeweiligen Rechtssatz ist dem Rechtsanwender derart vorgegeben, daß auch dann, wenn die Erkenntnis des Gesetzeswillens eine logisch - rational nicht mehr kalkulierbare, wertende Entscheidung von ihm fordert oder wenn die von ihm zu vollziehenden Interpretations- und Subsumtionsvorgänge sich vorwiegend oder gar ausschließlich an dem in der angewendeten Norm zum Ausdruck gekommenen Regelungswillen des Gesetzge-

144) Um Mißverständnisse zu vermeiden, sei nochmals ausdrücklich hervorgehoben, daß mit diesem Satz nicht im Gegensatz zu den bisherigen Ausführungen behauptet wird, die Behörde habe dann, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen eines ermessengewährenden Rechtssatzes vorliegen, im Ergebnis doch die Möglichkeit, "so oder so" zu entscheiden. Vielmehr soll nur auf das - selbstverständliche - Faktum hingewiesen werden, daß im Rahmen einer sich

bers orientieren müssen, die Frage, ob und welche Rechtsfolge dem zu beurteilenden Sachverhalt zuzuordnen ist, eine eindeutige Antwort erheischt.

Das Ergebnis einer Rechtsanwendung kann also immer nur sein, daß hinsichtlich eines bestimmten Sachverhalts eine Rechtsfolge gesetzt oder nicht gesetzt wird, nicht aber, daß sie unter bestimmten Bedingungen gesetzt wird. Sonst würde sich das rechtsanwendende Organ teilweise zum rechtssetzenden Organ machen, indem es selbständig nach eigenem Gutdünken darüber befindet, ob und wann einem Sachverhalt eine Rechtsfolge zugeordnet werden soll.

Das alles bedeutet durchaus nicht, daß damit die Bedingung für die Behörde als Gestaltungsmittel überhaupt nicht infrage kommt. Diese Konsequenz zu ziehen wäre voreilig. Vielmehr kann es sich nur darum handeln, die Rechtsfigur der Bedingung im Verwaltungsrecht vom Vorgang der Rechtsanwendung her zu begreifen, anstatt mit einem Bedingungsverständnis zu operieren, das allein der (Einzelfall-)Rechtssetzung angepaßt ist. Nur soweit nämlich eine Befugnis zur (Einzelfall-)Rechtssetzung vorhanden ist, steht es im Belieben des dazu Befugten, an einen gegebenen Sachverhalt eine Rechtsfolge zu knüpfen oder nicht zu knüpfen oder unter bestimmten Voraussetzungen zu knüpfen. Allein der Wille der zur Rechtssetzung befugten Person bzw. des dafür zuständigen Organs entscheidet darüber, ob eine - und bejahendenfalls welche - Rechtsfolge eintreten soll. Anders ist es dagegen, soweit die Rechtsanwendung infrage steht. Hier wird nicht eigener, sondern fremder Wille - der

im Subsumtionsvorgang vollziehenden Wertung immer ein mehr oder weniger großer, rational nicht weiter aufhellbarer Bereich schöpferischer Erkenntnis bleibt, die (auch) eine persönliche Stellungnahme des Rechtsanwenders beinhaltet.

Wille des Gesetzgebers - vollzogen. Die durch den Gesetzgeber im Rechtssatz vorgenommene Verbindung von Tatbestand und Rechtsfolge ist der dem Rechtswanwender vorgegebene Bezugsrahmen, in den er einen bestimmten Sachverhalt einzuordnen hat.

Freilich braucht dieser Sachverhalt nicht immer schon realiter vorhanden zu sein. Rechtsanwendung ist als E r k e n n t n i s v o r g a n g auch möglich hinsichtlich eines nur v o r g e s t e l l t e n Sachverhalts. Nun wird sich allerdings die rechtsanwendende Behörde nicht mit nur gedachten Sachverhalten befassen, sondern muß, will sie die ihr übertragene Aufgabe erfüllen, existenten, d. h. regelungsbedürftigen Sachverhalten ihre Aufmerksamkeit widmen. Bloß vorgestellte Sachverhalte sind nicht regelungsbedürftig. Eine auf sie bezogene Gesetzesanwendung durch das dazu berufene Organ würde - wenn überhaupt - nur ein hypothetisch geltendes konkretes Sollensurteil zur Folge haben: Nur hypothetisch geltend deshalb, weil seine verpflichtende Kraft eben von der Verwirklichung des gedachten Sachverhalts abhinge. Aufgabe des Rechtswanwenders ist es jedoch, die abstrakten und generalen hypothetischen Imperative des Gesetzes in konkrete und individuelle kategorische Sollenssätze umzuformen ¹⁴⁴⁾.

Damit zeichnen sich jetzt schon - wenn auch zunächst nur in groben Umrissen - zwei für die hier zu untersuchende Problematik wesentliche Aussagen ab: Die eine geht dahin, daß bedingte Verwaltungsakte einen erst zum Teil gegenwärtigen Sachverhalt regeln, die andere lautet, daß die Zulässigkeit der Bedingung als Gestaltungsmittel im Verwaltungsrecht (auch) davon abhängt, ob sich der Rechtswanwender nach der Funktion, die der jeweils anzuwendenden Norm im Rah-

144) Burckhardt, Organisation S. 247 f., Bucher S. 49

men des Rechtsganzen zukommt, mit der Gewinnung nur hypothetisch geltender konkreter Sollens- bzw. Gewährenssätze begnügen darf.

Bevor jedoch die damit angeschnittene, für die vorliegende Untersuchung zentrale Problematik im einzelnen aufgegriffen wird, sind noch einige Bemerkungen zur Struktur des bedingten Verwaltungsaktes vonnöten. Die h. L. nennt einen Verwaltungsakt dann bedingt, wenn seine Wirksamkeit aufschiebend oder auflösend vom Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses abhängt. Diese Aussage bedarf der näheren Erläuterung. Sie kann nach den vorangegangenen Ausführungen nicht so aufgefaßt werden, als sei Voraussetzung für die Wirksamkeit einer auf einen gegebenen Sachverhalt bezogenen Rechtsfolgeanordnung, daß ein noch ungewisses Ereignis eintreten werde. Vielmehr läßt sie sich nur so verstehen, daß das betreffende Ereignis den Teil der gesetzlichen Situation beschreibt, dessen Realisierung noch aussteht, und daß dementsprechend die an die Situation geknüpfte Rechtsfolgeanordnung in ihrer Aktualität abhängig ist von der Verwirklichung des noch nicht Wirklichkeit gewordenen - durch den Bedingungsinhalt näher gekennzeichneten - Sachverhaltsstückes. Nicht der Verwaltungsakt als solcher ist also "schwebend wirksam" oder "schwebend unwirksam", sondern allenfalls die in ihm enthaltene Rechtsfolgeanordnung. Der "bedingte" Verwaltungsakt gilt uneingeschränkt, aber eben nur im Hinblick auf die durch ihn vollzogene Verknüpfung von Sachverhalt und Rechtsfolgeanordnung¹⁴⁵⁾. Einer derartigen Bindung der im Verwal-

145) Eingeschränkt ist nicht die Gültigkeit, sondern die Wirksamkeit der ausgesprochenen Rechtsfolgeanordnung. Beides darf man nicht verwechseln. Vgl. dazu Winkler S. 32 - Dasselbe meint wohl auch Andersen S. 43, wenn er - etwas dunkel - ausführt, ein bedingter Verwaltungsakt, bei dem die Suspensivbedingung (noch) nicht

tungsakt ausgesprochenen Rechtsfolgenanordnung an das Vorliegen einer konkreten Situation bzw. eines Situationsteils bedarf es im allgemeinen nicht, ja sie würde geradezu widersprüchlich wirken, wenn - wie im Normalfalle - die Situation, die geregelt wird, bereits existent ist bzw. vom Rechtsanwender als existent angenommen wird. Hier ist ja gerade **V o r a u s s e t z u n g** für das Ergehen der Rechtsfolgenanordnung, daß die Behörde einen dem Tatbestand des angewendeten Rechtssatzes unterfallenden Sachverhalt als gegeben festgestellt hat ¹⁴⁶⁾. Das rechtsanwendende Organ darf denn auch, dies sei in diesem Zusammenhang kurz angemerkt, niemals die Frage unbeantwortet lassen, ob ein Sachverhalt, der zum Gegenstand einer Rechtsfolgenanordnung gemacht werden soll, vorliegt oder nicht vorliegt. Gehört doch zum Vorgang der Rechtsanwendung stets auch die Feststellung der Tatsachen ¹⁴⁷⁾. Dieser Aufgabe kann sich das rechtsanwendende Organ nicht entziehen, will es nicht die ihm obliegende Verpflichtung zur Wahrnehmung seiner Zuständigkeiten verletzen ¹⁴⁸⁾. Im Rahmen der Tatsachen-

eingetreten sei, habe wohl Rechtswirkungen, aber keine praktischen Wirkungen. Sulser S. 19 spricht dem suspensiv bedingten Verwaltungsakt in Anlehnung an zivilrechtliche Vorstellungen gewisse "Vorwirkungen" zu, und Hangartner S. 154 meint, der unter aufschiebender Bedingung erlassene Verwaltungsakt sei zwar "bereits vorhanden", doch seien "seine Wirkungen noch unterbunden". Zum Verhältnis von Geltung und Wirksamkeit des Rechts allgemein vgl. Kelsen in JZ 1965, 465 (467)

146) Eine ganz andere Frage ist selbstverständlich, was zu geschehen hat, wenn die Feststellung der Tatsachen sich als falsch erweisen sollte.

147) Larenz, Methodenlehre S. 200; Engisch, Logische Studien S. 19 f. - Bülow, Richteramt S. 10 drückt diesen Gedanken - bezogen auf die Rechtsprechung - wie folgt aus: "Weil auf die **Z u k u n f t** gerichtet, rechnet das Gesetz daher mit Gattungen tatsächlicher Möglichkeiten, enthält **b e d i n g t e** und abstrakte Rechtsbestimmungen. Der Richter wird dagegen

feststellung muß jedoch ein negatives Ergebnis notwendigerweise immer insoweit eintreten, als ein bestimmter Teil der Situation, auf die sich die Regelung beziehen soll, noch gar nicht vorliegt. In einem solchen Falle ist die mit dem Verwaltungsakt ausgesprochene Rechtsfolgenanordnung an die Verwirklichung eben dieses noch ausstehenden Situationsteils gebunden und ergeht deshalb in hypothetischer Fassung, während sie sonst kategorisch gilt.

Die Behauptung, der bedingte Verwaltungsakt sei "schwebend wirksam" oder "schwebend unwirksam" beruht damit im Ergebnis auf einer Gleichsetzung d i e s e s Verwaltungsaktes mit seinem wesentlichen Element, der Rechtsfolgenanordnung. Eine solche Gleichsetzung ist hier jedoch verfehlt, mag sie auch sonst angebracht sein. Praktisch ist nämlich gegen ein Verständnis des Verwaltungsakts als einer Rechtsfolgenanordnung nichts weiter zu erinnern, wenn man sich nur vergegenwärtigt, daß eine solche Rechtsfolgenanordnung stets auf einen bestimmten Sachverhalt bezogen ist und bezogen sein muß ¹⁴⁹⁾. Sie ist rechtliche "Ordnung e i n e s k o n k r e t e n L e b e n s - s a c h v e r h a l t e s" ¹⁵⁰⁾, d. h., E i n -

immer mit einzelnen, konkreten Tatbeständen befaßt und hat seine Rechtsbestimmungen u n - b e d i n g t zu treffen." (Hervorhebungen in Abweichung vom Original)

148) Daher taucht die Problematik der Unterstellung im öffentlichen Recht gar nicht auf.

149) Dieser Gesichtspunkt ist insbesondere für die Beantwortung der Frage nach dem Umfang der formellen und materiellen Bestands- und Rechtskraft der Verwaltungsakte von Bedeutung. Vgl. dazu Bullinger in JZ 1963, 466 ff.

150) Wolff, VerwR I § 46 V a (Hervorhebungen in Abweichungen vom Original)

h e i t ¹⁵¹⁾ aus zugrunde gelegtem Sachverhalt und daran anknüpfender rechtlicher Regelung.

Der Begriff der Rechtsfolgeanordnung wird jedoch, soweit der bedingte Verwaltungsakt in Frage steht, in einem anderen als dem zuvor gemeinten Sinne gebraucht. Der bedingte Verwaltungsakt weist wegen der dargestellten Besonderheiten der von ihm geregelten Situation eine spezifische Struktur, nämlich die - an sich nur dem abstrakten Rechtssatz eigene - hypothetische Form auf. Dies führt dazu, daß - rechtstechnisch - von der als Einheit im zuvor beschriebenen Sinne verstandenen Rechtsfolgeanordnung der noch nicht existente Ausschnitt des geregelten Sachverhaltes "abgespalten" und ihr als das Bedingende gegenüber gestellt wird. Damit wird der "bedingte" Teil des Verwaltungsakts zu einer - gemessen an dem zuvor entwickelten Verständnis des Begriffs - "verkürzten" Rechtsfolgeanordnung¹⁵²⁾ (Rechtsfolgeanordnung im rechtstechnischen Sinne, d. h. verstanden als isolierbarer Bestandteil eines abstrakt oder konkret formulierten Rechtssatzes- oder Rechtsanwendungsaktes). Der Begriff

151) Dies darf selbstverständlich nicht dahingehend mißverstanden werden, als ob die Verbindlichkeit der rechtlichen Regelung von der Richtigkeit der zugrunde liegenden Tatsachenfeststellung abhängig sei bzw. mit einer Änderung dieser Tatsachen alsbald hinfällig werde. Insoweit ist die Feststellung des Sachverhalts nur "Durchgangsstation" beim Vorgang der Rechtsanwendung in dem Sinne, daß in der Regelung zugleich die Feststellung enthalten ist, daß die dafür erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen vorgelegen haben (vgl. dazu auch oben S. 33). Wäre es anders, so würde eine unerträgliche Rechtsunsicherheit die Folge sein. Abhängig von diesen Voraussetzungen ist jedoch - generell oder innerhalb bestimmter Fristen - die Endgültigkeit der Rechtsfolgeanordnung im Sinne ihrer Unaufhebbarkeit oder auch nur Unangreifbarkeit.

152) Es steht zwar an sich auch in diesem Falle nichts im Wege, den bedingten Verwaltungsakt als eine - unbedingte - Rechtsfolgeanordnung

der Rechtsfolgeanordnung wird also in durchaus unterschiedlicher Bedeutung gebraucht, jenachdem ob man sagt: "Ein Verwaltungsakt stellt eine konkrete Rechtsfolgeanordnung dar." oder "Die konkrete Rechtsfolgeanordnung eines bedingten Verwaltungsaktes ist in ihrer Wirksamkeit vom Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses abhängig.". Im ersten Fall gibt der Begriff eine Definition des Verwaltungsaktes. Im zweiten zielt er - wenn man so sagen darf - auf die Beschreibung eines bestimmten Formteils dieser Rechtsfigur. So gesehen ist es wenig glücklich, die Bedingung als eine dem Verwaltungsakt beigelegte (!) Nebenbestimmung (!) ¹⁵³⁾ zu bezeichnen. Die Bedingung - hier verstanden als die Beschreibung des bedingenden Ereignisses - gehört zum Inhalt des Verwaltungsaktes, macht diesen mit aus und kann deshalb dem Verwaltungsakt nicht beigelegt sein. Bedingt ist daher im eigentlichen auch nicht der Verwaltungsakt als solcher - ebenso wenig wie ein Rechtssatz deswegen als bedingt bezeichnet wird, weil die in ihm angeordnete Rechtsfolge ¹⁵⁴⁾ abhängig ist von der Verwirklichung des Tatbestandes, an den sie anknüpft -, sondern die im Verwaltungsakt enthaltene Rechtsfolgeanordnung im rechtstechnischen Sinne ¹⁵⁵⁾.

im oben beschriebenen Sinne zu begreifen, denn die rechtstechnische Aufspaltung von Sachverhalt und Regelung des Sachverhalts würde einer derartigen Betrachtungsweise selbstverständlich nicht hinderlich sein. Doch würde dies dem Sprachgebrauch nicht entsprechen und damit nur Anlaß zu Mißverständnissen gegeben werden.

153) vgl. oben S. 2

154) Bedingt ist auch hier nur der in dem Rechtssatz enthaltene Imperativ. Vgl. Winkler S. 30 und Engisch, Einführung S. 21

155) Wenn daher gleichwohl jetzt und weiterhin von bedingten Verwaltungsakten statt von Verwaltungsakten mit bedingter Rechtsfolgeanordnung die Rede sein wird, so ist dies im Hinblick auf den eingebürgerten Sprachgebrauch als abbreviatorisch gemeinte Formulierung zu verstehen.

Schließlich ist auch die Bezeichnung der Bedingung als einer Nebenbestimmung unpräzise ¹⁵⁶⁾, denn der Verwaltungsakt kann nicht nach begrifflich wesentlichen und unwesentlichen Teilen aufgespalten werden ¹⁵⁷⁾. Aus diesem Grunde müssen auch alle Bemühungen scheitern, die Frage nach dem Einfluß einer "unzulässigen" Bedingung auf die Rechtmäßigkeit des bedingten Verwaltungsakts in Anlehnung an den in § 139 BGB ausgesprochenen Rechtsgedanken lösen zu wollen. Gleichgültig, ob man dabei auf den mutmaßlichen Willen der Verwaltung abstellt und den Verwaltungsakt dann für rechtswidrig oder gar nichtig ansieht, wenn die Vermutung gerechtfertigt erscheint, daß die Behörde ihn nicht unbedingt erlassen wollte ¹⁵⁸⁾ oder demgegenüber mehr den Gesichtspunkt in den Vordergrund rückt, ob der bei Wegfall der Bedingung "verbleibende Teil" den ge-

156) Man könnte freilich auch daran denken, mit diesem Begriff das Verhältnis von versagender und gewährender Regelung zu kennzeichnen, wie es sich - was alsbald näher auszuführen sein wird - bei einem unter aufschiebender Bedingung ergehenden begünstigenden Verwaltungsakt vorfindet, doch würde es auch insofern nur zu Verzerrungen führen, hier mit Begriffen wie "Haupt-" und "Nebenbestimmung" operieren zu wollen.

157) Dies gilt insbesondere gegenüber dem Erklärungsversuch v. Mangoldt in VerwArch 37, 101

158) so Bender S. 125; Eyermann-Fröhler, VwGO § 42 Anh. Rdz. 14; Forsthoff, Lehrbuch S. 243, Merk S. 851; Drews-Wacke S. 320; Peters S. 161; v. Mangoldt in VerwArch 37, 101 (124 f.); OVG Berlin, Urteil vom 19. Dezember 1963 in DÖV 1964, 206 (207) - NJW 1964, 1152; OVG Hamburg, Urteil vom 15. Mai 1959 in VerwRspr 12, 739 (741); Badura in JuS 1964, 103; W. Jellinek, Lehrbuch S. 266 und Gesetz S. 215 f.; Assfalg in BB 1967, 190 (191 f.)

setzlichen Vorschriften entspricht oder nicht ¹⁵⁹⁾
- in jedem Falle ist der Ansatzpunkt zur Lösung der angeschnittenen Problematik falsch. Eine Bedingung als solche ist niemals "unzulässig" ¹⁶⁰⁾. Vielmehr kann nur die durch sie erfolgte Verknüpfung eines bestimmten, noch nicht vollständig gegenwärtigen Sachverhalts mit einer konkreten Rechtsfolgenanordnung gegen das Gesetz verstoßen - sei es, daß die Behörde zu wenig fordert, da (auch) dieser Sachverhalt sich noch nicht unter den Tatbestand des angewendeten Rechtssatzes subsumieren läßt, sei es, daß sie zuviel verlangt, weil schon die bereits vorliegende Situation für die Auslösung der in der Norm vorgesehenen Regelung genügt. Eine nach dem Gesetz nicht gerechtfertigte Bedingung führt daher immer zur Rechtswidrigkeit des gesamten Verwaltungsaktes. Für die Annahme einer Teilrechtswidrigkeit - und sei es auch nur als einer theoretischen Möglichkeit - ist kein Raum, will man sich nicht in dogmatische Widersprüche verwickeln. Jede Bemühung, einen unter einer Bedingung erlassenen Verwaltungsakt als unbedingten aufrecht zu erhalten, läuft im Er-

159) Kormann S. 161; Andersen S. 358 (mit Modifizierungen in Einzelpunkten); Imboden, Nichtigster Staatsakt S. 144 mit Anm. 38 H.R. Huber S. 104; Apelt S. 99; neuerdings wieder Martens in DVBl 1965, 428 ff.; Roellecke in DVV 1968, 333 (340) und Roeser in BB 1968, 908 (909); im Grundsatz auch Sulser S. 87, der jedoch bei Ermessensakten offenbar der anderen Auffassung zuneigt (S. 90 f., widersprüchlich auf S. 93)

160) Martens in DVBl 1965, 428 (429) bemängelt zu Recht, die Systemwidrigkeit, die in der Annahme von "unzulässigen" (so z.B. Kormann S. 160; Sulser S. 82) bzw. "ungültigen" (so Huber S. 102) Nebenbestimmungen liegt, obwohl ganz offensichtlich besondere Nichtigkeitsgründe - wie sie etwa von der Evidentheorie gefordert werden - nicht vorliegen, ohne jedoch die entscheidende Frage zu stellen, inwiefern man überhaupt von "unzulässigen" oder "anfechtbaren" (so v. Mangoldt in VerwArch 57, 101 (124)) Nebenbestimmungen reden könne.

gebnis auf den Versuch hinaus, anstelle der von der Behörde getroffenen Regelung eine andere setzen zu wollen. Ist etwa ein begünstigender Verwaltungsakt unter einer aufschiebenden Bedingung ergangen, so würde - betrachtet man die Bedingung als nicht gesetzt - aus einer Versagung plötzlich eine Gewährung¹⁶¹⁾. Es ist eben einfach falsch, den bedingten Verwaltungsakt - anstatt ihn als eine Einheit zu begreifen - in "Haupt-" und "Nebenbestimmung" aufzuspalten und so zu tun, als handele es sich bei der Bedingung um eine dem Inhalt des Verwaltungsaktes gegenüberzustellende Wirksamkeitsvoraussetzung.

Man kann die Bedingung nach alledem definieren als den Teil eines Verwaltungsaktes, in dem ein bestimmter Umstand als derjenige Ausschnitt der zu regelnden Situation beschrieben wird, der noch nicht gegenwärtig und dessen künftige Realisierung ungewiß ist, so daß die Wirksamkeit der mit dem Verwaltungsakt hinsichtlich dieser Situation ausgesprochenen Rechtsfolgeanordnung (im rechtstechnischen Sinne) vom Eintreten des betreffenden Umstandes abhängt.

Mit einem solchen am Vorgang der Rechtsanwendung orientierten Verständnis des Bedingungsbegriffes lassen sich die bislang im öffentlichen Recht gewonnenen Einsichten über den im Einzelfall möglichen Inhalt einer Bedingung nicht nur widerspruchs-

Derartige Unklarheiten sind im allgemeinen ein Indiz für tiefer sitzende Widersprüche.

161) Martens in DVBl 1965, 428 (432) ist daher nicht beizupflichten, wenn er zu dem Ergebnis kommt, daß ein Klagebegehren, mit dem die Erteilung einer unbedingten anstelle einer mit einer Bedingung versehenen Erlaubnis erstrebt werde, im Wege der Anfechtungsklage geltend zu machen sei. Dagegen nehmen richtigerweise eine Verpflichtungsklage als zulässige Klageart an: OVG Münster, Urteil vom 26. März 1963 in ZfW 1962/63, 378; OVG Berlin, Urteil vom 19. Dezember 1963 in NJW 1964, 1152 = DÖV

los vereinbaren, sondern auch auf eine dogmatisch tragfähige Grundlage stellen. Dies sei am Beispiel eines unter aufschiebender Bedingung ergehenden begünstigenden Verwaltungsaktes näher dargelegt. Ein solcher, in aller Regel nur auf Antrag des Adressaten ergehender Verwaltungsakt enthält zwei Regelungen: Einmal erklärt die Behörde, die erbetene Erlaubnis oder Genehmigung könne nicht erteilt werden, weil der vorliegende Sachverhalt nicht alle Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes aufweise, - die beantragte Rechtsfolgeanordnung wird also für den Augenblick versagt ¹⁶²⁾. Indem jedoch der Teil der Situation, welcher noch vorliegen müßte, damit eine dem Begehren des Antragstellers stattgebende Regelung ergehen könnte, in einem - zum Inhalt des Verwaltungsakts gehörigen - "Z u s a t z" beschrieben wird, trifft das rechtsanwendende Organ hinsichtlich d i e s e s - erweiterten - Sachverhalts eine positive, dem Antrag des Adressaten entsprechende Entscheidung. Der aufschiebend bedingte, begünstigende Verwaltungsakt enthält also die Versagung der beantragten Rechtsfolgeanordnung für den vorliegenden und ihren Erlaß für einen um die im Bedingungsinhalt zusätzlich angegebenen, in der Zukunft liegenden Umstände erweiterten Sachverhalt ¹⁶³⁾. Durch eine

1964,206, allerdings mit der - unrichtigen - Einschränkung: "Wenn feststeht, daß die Behörde den Verwaltungsakt ohne diese Nebenbestimmung nicht erlassen hätte"; Bachof, Verfassungsrecht II S. 234; unklar BVerwG, Urteil vom 16. Juli 1965 in ZfW 1965,113 und Urteil vom 11. Juli 1962 in BVerwGE 14,307 (308). Zu der letzten Entscheidung vgl. auch Bachof, Verfassungsrecht II S. 234

162) Diesen Aspekt betont zu einseitig Hottinger S. 57, wenn er die - auch sonst nicht zutreffende - These vertritt, es handele sich insoweit um eine resolutiv bedingtes Verbot.

163) Diese Sicht der Dinge findet sich bereits bei Scholz in VerwArch 23,211 (249) und 24,184 (227) vorgezeichnet. Vgl. auch oben S. 13 f.

aufschiebende Bedingung wird von seiten der Behörde im Ergebnis klargestellt, welche der notwendigen Voraussetzungen für den Erlaß des beantragten Verwaltungsaktes nach ihrer Ansicht noch nicht vorliegen ^{163a)}. Sie zeigt damit zugleich an, aus welchen Gründen ihr die Subsumtion unter den Tatbestand des infrage kommenden Rechtssatzes nicht gelungen ist. Die aufschiebende Bedingung hat mithin, wie Sulser ¹⁶⁴⁾ bereits erkannt hat, stets einen Versagungsgrund zum Inhalt ¹⁶⁵⁾. Dieses Erkenntnis formuliert die h. L. dahingehend, daß ein Verwaltungsakt nicht mit einer solchen Bedingung versehen werden könne, die seiner Zweckbestimmung zuwider laufe ¹⁶⁶⁾, meint dabei jedoch vorwiegend oder gar ausschließlich solche Fälle, in denen die angewendete Norm der Behörde ein Ermessen gewährt ¹⁶⁷⁾. Derartige Fallgestaltungen bedürfen freilich keiner besonderen Betrachtung. Auch dann, wenn auf Grund von Ermessensermäßigungen der begünstigende Verwaltungsakt unter einer aufschiebenden Bedingung ergangen ist, wird zunächst einmal der Erlass der begehrten Rechtsfolgenanordnung hinsichtlich des vorliegenden Sachverhalts abgelehnt. Die Konkretisierung des Sachverhalts über den gesetzlichen Tatbestand hinaus an Hand des der Norm immanenten Wertmaßstabes hat nach Auffassung des rechtsanwendenden Organs nicht zu einer für die Auslösung der im Rechtssatz angegebenen Rechtsfolge ausreichenden Bewertungsgrundlage geführt. Nach Ansicht der Behörde sind jedoch alle Voraussetzungen erfüllt, die in diesem besonderen Fall nach der Intention des Gesetzge-

163a) vgl. Roellecke in DÖV 1968, 333 (339)

164) S. 24: "Gegenstand der Bedingung ist immer ein Versagungsgrund."

165) ebenso der Sache nach H.R. Huber S. 6; Giacometti S. 369 und Maubach S. 25

166) vgl. oben S. 18 f. sowie die Ausführungen bei H. R. Huber S. 6

167) vgl. oben S. 9 f. und 22 ff.

bers vorliegen müssen, damit die Rechtsfolgeanordnung ergehen kann, wenn die in dem bedingenden Teil des Verwaltungsaktes beschriebenen zusätzlichen Umstände noch eintreten. Für die Entscheidung der Behörde ist also das Nichtgegebensein dieser Umstände von besonderer Bedeutung. Wären diese bereits existent gewesen, so hätte sie gerade auch auf diese Aspekte des Sachverhaltes ihre dann unbedingt getroffene und dem Antragsteller ohne jede Einschränkung entgegenkommende Ermessensentscheidung gestützt.

Soweit daher in Ausübung des durch einen Rechtssatz gewährten Ermessens ein Verwaltungsakt unter einer Bedingung erlassen wird, legt damit die Behörde - wie auch sonst - zugleich die Gründe offen, die sie zur Ablehnung der erbetenen Rechtsfolgeanordnung für den vorliegenden Sachverhalt veranlaßt haben. Es bedarf keines besonderen Hinweises, daß diese Gründe die - durch den nur bedingten Erlaß des Verwaltungsaktes implizierte - Versagung seiner unbedingten Erteilung nur dann tragen können, soweit sie sich auf der Linie der in der ermessengewährenden Norm vorgezeichneten gesetzgeberischen Wertvorstellung bewegen.

Das bedeutet im Ergebnis jedoch nichts anderes, als daß die Frage nach dem zulässigen Inhalt einer Bedingung, eine Problematik, die die h. L. unter dem Gesichtspunkt des erforderlichen materiellen Zusammenhanges zwischen Verwaltungsakt und ihm "beigefügter" Bedingung zu lösen sucht, ein reines Subsumtionsproblem ist und im Bereich des Ermessens in die Lehre von den Ermessensfehlern einmündet. Gerade weil die h. L. eine künstliche Trennungslinie zwischen Bedingung und Verwaltungsakt aufrichtet, indem sie in der Bedingung nur eine auf die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes bezogene "Nebenbestimmung" sieht, muß sie - um der wechselseitigen Bezogenheit von Bedingung und Rechtsfolgeanordnung im Rahmen des nur als Einheit zu begrei-

fenden Verwaltungsaktes gerecht zu werden - diese zunächst aufgelöste Einheit durch die Postulierung eines "Zusammenhanges" zwischen dem "Hauptinhalt" des Verwaltungsakts und der "beigefügten" Bedingung wieder herstellen.

§ 13 Inbesondere: Zur Unterscheidung zwischen bedingten und beschränkten Verwaltungsakten

5. Erkennt man in Übereinstimmung mit der hier vertretenen Ansicht an, daß das den bedingten Verwaltungsakt kennzeichnende Merkmal in der besonders gearteten Gestaltung der Situation liegt, zu deren Regelung er ergeht, so wird auch deutlich, wo denn nun eigentlich der begriffliche Unterschied zwischen der Bedingung einerseits und der Beschränkung andererseits zu suchen ist ¹⁶⁸⁾, mag im Einzelfall die Unterscheidung auch schwierig bleiben. Bedingte und inhaltlich eingeschränkte begünstigende Verwaltungsakte gleichen sich insofern, als beide neben einer Versagung die Gewährung einer Rechtsfolgeanordnung beinhalten ¹⁶⁹⁾, einer Gewährung freilich, die im Ergebnis hinter dem Begehren des Adressaten zurückbleibt. Doch geschieht dies - und darin liegt der eigentliche Kernpunkt - auf jeweils besondere Weise. Der inhaltlich eingeschränkte Verwaltungsakt ergeht stets in Bezug auf eine schon vorliegende Situation, die in ihm ausgesprochene Rechtsfolgeanordnung ist jedoch gegenüber der beantragten Regelung in bestimmten Punkten - regelmäßig in einer für den Adressaten ungünstigen Weise - abgeändert. Der bedingte Verwaltungsakt enthält

168) Diese Problematik konnte auf S. 12 ff. dieser Arbeit noch nicht abschließend behandelt werden.

169) Wolff, VerwR I § 48 II a 3

demgegenüber eine mit der begehrten Regelung gleichlautende, aber insofern von ihr verschiedene Rechtsfolgenanordnung, als sie - entgegen dem zugrunde liegenden Antrag - nicht auf einen gegenwärtigen, sondern zum Teil noch zukünftigen Sachverhalt bezogen ist.

Dies sei näher dargelegt am Beispiel einer ein präventives Verbot aufhebenden Erlaubnis. Mit der gesetzlichen Einführung einer derartigen Erlaubnispflicht für die Beobachtung bestimmter, an sich begrüßenswerter Verhaltensweisen oder die Verwirklichung gewisser, an sich erwünschter Zustände soll in aller Regel sichergestellt werden, daß im Einzelfall etwa zu befürchtende nachteilige Folgen für das öffentliche Interesse von vornherein nach Möglichkeit ausgeschaltet bleiben ¹⁷⁰⁾. Die Behörde hat zunächst an Hand der einschlägigen Vorschriften zu prüfen, ob im Einzelfall ein Sachverhalt vorliegt, der unter den Tatbestand der erlaubnisgewährenden Rechtsnorm subsumiert werden kann und damit die Gewähr dafür bietet, daß die Ausübung der erlaubnispflichtigen Betätigung zu keiner sozialschädlichen Situation führt. Bestehen in dieser Richtung Bedenken, so lassen sich diese grundsätzlich auf zweierlei Weise ausräumen. Die Behörde kann zunächst das in Aussicht genommene Verhalten nur unter Einschränkungen, sei es nach der sachlichen, persönlichen oder örtlichen Seite, erlauben, um die Übereinstimmung ihrer Entscheidung mit dem Gesetz zu gewährleisten. Die solchermaßen eingeschränkte Genehmigung steht nun freilich zugleich unter der Rechtsbedingung der Zustimmung

170) Friauf in JuS 1962, 422 (423 f.); Krüger in DÖV 1958, 673 ff.

des Adressaten ¹⁷¹⁾. Die Behörde kann jedoch gegebenenfalls auch stattdessen das beabsichtigte Verhalten nur für den Fall des Eintritts bestimmter Umstände, durch die die derzeit noch bestehenden Bedenken ausgeräumt würden, genehmigen. Entweder wird also das der behördlichen Vorabprüfung unterliegende Verhalten den Gegebenheiten der vorliegenden Situation angepaßt oder umgekehrt die Situation dem Verhalten. Im einen Fall muß also der Antragsteller sich bestimmte Einschränkungen gefallen lassen, die erforderlich sind, um dem von ihm beabsichtigten Tun die unter den vorliegenden Gegebenheiten sonst zu befürchtende Schädlichkeit zu nehmen. Im anderen Fall wird ihm sein Verhalten vollumfänglich für eine Situation erlaubt, in der es unbedenklich erscheint - die Erlaubnis ergeht unter einer Bedingung. Beide Wege ¹⁷²⁾ sind selbstverständlich nicht ohne weiteres miteinander vertauschbar. Welcher im Einzelfall gangbar ist, hängt davon ab, auf welche Weise sich am ehesten eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Anpassung bei geringstmöglichem Eingriff in die Rechtssphäre des Adressaten erzielen läßt. Kann etwa ein bestimmtes Baugesuch nicht wie beantragt genehmigt werden, weil die Vorschriften über den Bauwuch der einschlägigen Landesbauordnung nicht beachtet wor-

171) Wolff, VerwR I § 48 II a 3

172) Eine weitere Möglichkeit liegt darin, dem Antragsteller die erbetene Erlaubnis zu erteilen, ihn aber gleichzeitig für den Fall ihrer Ausnutzung zu weitergehenden Verhaltensweisen zu verpflichten. Das geschieht durch die Beifügung von Auflagen. Dieser Weg soll hier nicht weiter betrachtet werden. In diesem Zusammenhang sei jedoch in aller Kürze bemerkt, daß die Auflage in ihren praktischen Konsequenzen einer auflösenden Bedingung immerhin nahesteht, bedenkt man, daß ihre Nichterfüllung nach h. L. einen selbständigen Widerruf schafft. Vgl. Wolff, VerwR I § 49 I d

den sind, so läßt sich der entstehende Konflikt entweder dadurch lösen, daß dem Antragsteller die erbetene Bauerlaubnis unter der Bedingung erteilt wird, vor Beginn der Bauarbeiten einen näher bezeichneten Geländestreifen von seinem Nachbarn zu erwerben - ein Weg, der allerdings nur gangbar erscheint, wenn zumindest Anzeichen dafür bestehen, daß mit der Möglichkeit des Eintritts dieser Bedingung ernsthaft gerechnet werden kann, etwa weil entsprechende Kaufverhandlungen schon im Gange sind -, oder die Genehmigung ergeht mit der Maßgabe, das Gebäude nicht an der im Bauplan vorgesehenen, sondern an einer anderen Stelle des Grundstücks zu errichten, wo die Einhaltung der vorgeschriebenen Grenzabstände gewährleistet ist. Beides läßt sich gelegentlich miteinander verbinden, etwa wenn angesichts der vorliegenden Gegebenheiten nur eine eingeschränkte Erlaubnis möglich erscheint, eine uneingeschränkte Erlaubnis aber für den Fall erteilt wird, daß noch ein bestimmter Umstand eintritt ¹⁷³⁾. Freilich ist in aller Regel die Anpassung an die vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen im konkreten Falle - wenn überhaupt - nur über eine der genannten Möglichkeiten zu bewerkstelligen: Sei es, daß der Eintritt einer Situation, bei der das den Gegenstand der behördlichen Prüfung bildende Verhalten unbedenklich sein würde, unvorstellbar oder doch unwahrscheinlich erscheint, sei es, daß durch eine - wie auch immer geartete - Einschränkung der beantragten Erlaubnis eine Übereinstimmung der Ausgangssituation - also der Prüfungsbasis - mit dem Tatbestand des anzuwendenden

173) Beispiel: "Die in der Grenzmauer zum Nachbargrundstück Y vorgesehenen Fenster dürfen nur mit Zustimmung des Nachbarn angebracht werden."

Rechtssatzes nicht zu erreichen ist.

Besonderer Erwähnung bedürfen in diesem Zusammenhang die Genehmigungen, die sich auf Rechtssetzungsakte - vorwiegend von Selbstverwaltungskörperschaften -, also auf im Werden begriffene Normen beziehen ¹⁷⁴⁾, die vor ihrer formellen Inkraftsetzung einer Rechtmäßigkeitskontrolle durch die Aufsichtsbehörde des zur Rechtssetzung befugten Organs unterliegen. Hier läßt sich nicht mehr nach Prüfungsgrundlage und Prüfungsgegenstand unterscheiden, der zu genehmigende Rechtssatz ist beides in einem. Er stellt zunächst den Sachverhalt dar, von dem die Behörde auszugehen hat (Prüfungsbasis) und bildet darüber hinaus - indem er durch eine bestimmte geartete Verknüpfung eines Tatbestandes mit einer Rechtsfolge menschliches Verhalten normieren will - zugleich den Gegenstand der Prüfung, soll doch diese Normierung auf ihre Übereinstimmung mit höherrangigem Recht kontrolliert werden. Fallen aber Prüfungsgrundlage und Prüfungsgegenstand zusammen, so ist in einer unter einer "Bedingung" erteilten Genehmigung immer zugleich auch eine "Einschränkung" enthalten und damit eine Unterscheidung im konkreten Falle nicht mehr möglich. Wird beispielsweise eine Satzung mit dem Vorbehalt genehmigt, daß zwei Vorschriften noch in bestimmter Weise geändert werden müßten, so kann man wohl behaupten, die Genehmigung sei unter der "Bedin-

174) Zur Rechtsnatur derartiger Genehmigungen vgl. etwa Bettermann, Rechtssetzungsakt S. 723 ff.; BVerwG, Urteil vom 14. Mai 1963 in BVerwGE 16, 83 (84); Küchenhoff in JuS 1965, 52 ff.; Loening in DÖV 1966, 490 ff.; Dahmen in DÖV 1967, 305 f.

gung" 175) erteilt worden, daß das Rechtssetzungsorgan diese Änderungen beschließe, als auch erklären, die Genehmigung sei mit bestimmten, auf den Inhalt der Satzung bezogenen "Einschränkungen" 176) ergangen, denen das Rechtssetzungsorgan noch seine Zustimmung - und zwar in der für das Rechtssetzungsverfahren vorgeschriebenen Form - geben müsse. Der von der Genehmigungsbehörde gemachte Vorbehalt weist also sowohl die Elemente einer Bedingung als auch einer Beschränkung auf: Einer Bedingung, weil die Genehmigung auf eine Satzung bezogen ist, die mit dem genehmigten Inhalt vom Rechtssetzungsorgan erst noch beschlossen werden muß, einer Beschränkung, weil durch die behördliche Maßgabe die Genehmigung zugleich in ihrem Rechtsfolgegehalt - der durch die Beifügung einer bloßen Bedingung an sich konstant bleiben müßte - abgeändert wird, bildet doch das, was genehmigt wird, auch den Inhalt der Genehmigung. In Rechtsprechung und Schrifttum hat sich daher für derartige Vorbehalte der Begriff "Maßgabe" eingebürgert 176a).

§ 14 Inbesondere: Zur Struktur eines unter "auflösender"

Bedingung ergehenden Verwaltungsakts

6. Ebenso wie der aufschiebend bedingte begünstigende Verwaltungsakt enthält auch der unter einer "auflösenden" Bedingung ergehende Verwaltungsakt zwei von einander zu unterscheidende, selbständige - wenn auch mit einander verknüpfte - Regelungen. Bezogen auf einen gegenwärtigen Sachverhalt wird - weil dieser alle Voraussetzungen eines gesetzlichen Tatbestandes erfüllt - eine konkrete (begünstigende oder belastende) Rechtsfolgeanordnung getroffen, die jedoch schon im Voraus für den Fall widerru-

175) ProVG, Urteil vom 30. Oktober 1923 in ProVGE 78, 106 (108); Dersch in VerwArch 33,99 (146); vgl. auch Maubach S. 52 f. zu der entsprechend zu beurteilenden Vertragsgenehmigung im Voraus

176) So im Ergebnis Gerber in VerwArch 36,1 (60); Kieckebusch in VerwArch 57,17 (31f.); OVG Münster, Urteil vom 16. August 1967 in DVBl 1968,395 (397)

176a) vgl. OVG Münster, Urteil vom 16. August 1967 in DVBl 1968,395 mit umfassenden Nachweisen; dem Ge-

fen wird, daß der geregelte Sachverhalt sich um bestimmte, in der "auflösenden" Bedingung näher bezeichnete Momente verändern sollte. "Auflösend" ist die Bedingung allerdings nur insoweit, wie das Verhältnis zwischen der hinsichtlich der vorgefundenen Situation unbedingt ergangenen Rechtsfolgeanordnung und ihres Widerrufs für den Fall des Eintritts besonderer Umstände infrage steht, denn mit dem Wirksamwerden des Widerrufs entfällt die Geltungskraft des widerrufenen Verwaltungsakts. Nun ist aber jeder Widerruf bezogen auf einen zu widerrufenen Verwaltungsakt, gleichgültig, ob er im Rahmen einer "auflösenden" Bedingung oder auf Grund eines zuvor gemachten Widerrufsvorbehalts oder auch ohne daß ein solcher bestünde, ausgesprochen wird. Deshalb wird denn wohl auch - wie eingangs näher dargelegt ¹⁷⁷⁾ - von der h. L. der Widerrufsvorbehalt als eine besondere Art der auflösenden Bedingung angesehen - eine Betrachtungsweise, die allein auf die Geltingsabhängigkeit des ergangenen Verwaltungsaktes von der Nichtausübung des vorbehaltenen Widerrufs ¹⁷⁸⁾ abstellt. Mit derselben Berechtigung könnte man freilich auch behaupten, daß jeder Verwaltungsakt insoweit auflösend bedingt ist, als er widerrufen werden kann ¹⁷⁹⁾. Ein derartig weit-

richt ist jedoch nach dem oben Gesagten nicht beizupflichten, wenn es versucht, die Rechtsfigur der Maßgabe in einen strikten Gegensatz zum Bedingungsbegriff zu bringen.

177) vgl. oben S. 15

178) Zugleich wird hier jedoch auch wieder deutlich, daß gleichwohl noch ein - von der h. L. geleugnet - Unterschied zur auflösenden Bedingung bestehen bleibt. Durch sie wird der Widerruf nicht nur vorbehalten, sondern bereits ausgesprochen.

179) So konsequent Sulser S. 8: "Ja, wir müssen sogar sagen, der rechtsgeschäftliche Verwaltungsakt befinde sich immer in einem Zustand der Pendenz. Es ist dies die Folge davon, daß der behördlichen Verfügung die materielle Rechtskraft mangelt."

gefaßtes Bedingungsverständnis würde jedoch diesem Begriff jegliche Schärfe nehmen, führt es doch dazu, daß Geltungsabhängigkeiten, die kraft Gesetzes bestehen und damit nach überkommener Terminologie allenfalls als *condiciones iuris* zu begreifen sind, zu besonderen Struktureigentümlichkeiten bestimmter Verwaltungsakte hinaufstilisiert werden. Es geht daher - um es ganz klar auszusprechen - nicht an, die Tatsache, daß die Geltungskraft eines Verwaltungsaktes durch einen anderen Verwaltungsakt beendet werden kann, rechtssystematisch mit der Rechtsfigur der "auflösenden" Bedingung erfassen zu wollen, gleichgültig ob man dabei im engeren Sinne nur den Fall des vorweggenommenen Widerrufs im Auge hat oder den gesamten Bereich der Widerrufsproblematik einbezogen wissen will.

Betrachtet man nunmehr die in einem nach bisheriger Auffassung "auflösend" bedingt ergangenen Verwaltungsakt enthaltene Widerrufsverfügung für sich gesondert, so kann man nicht umhin festzustellen, daß diese unter einer aufschiebenden Bedingung steht, soll doch die in ihr ausgesprochene Rechtsfolgeanordnung nur gelten, wenn ein bestimmtes, ungewisses Ereignis eintritt. Daß diese aufschiebende Bedingung einen - nach Ansicht der Behörde ausreichenden - Widerrufsgrund umschreibt, bedarf nach den vorausgegangenen Ausführungen zur Struktur des aufschiebend bedingten Verwaltungsaktes keiner näheren Darlegung mehr.

Als Ergebnis bleibt also festzuhalten, daß es im öffentlichen Recht nur aufschiebend bedingte Verwaltungsakte gibt. Der Begriff der "auflösenden" Bedingung kennzeichnet nur eine Scheinproblematik. Diese wird durch den Umstand hervorgerufen, daß bestimmte Verwaltungsakte - eben die Widerrufsakte - einen rein negativen Inhalt haben, d. h. sich darin erschöpfen, die Rechtsgül-

tigkeit eines anderen Verwaltungsaktes zu beenden. Ergeht ein solcher negativer Verwaltungsakt unter aufschiebender Bedingung und in Verbindung mit dem Verwaltungsakt, auf den er sich bezieht, so entsteht bei einer dem äußerlichen Zusammenhang verhafteten Betrachtungsweise leicht der Eindruck, es handele sich nur um eine einzige Rechtsfolgeanordnung, die in ihrer Wirksamkeit (auflösend) vom Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses abhängt. Für eine solche Auffassung wird es freilich rätselhaft bleiben müssen, aus welchem Grunde ein Verwaltungsakt, obwohl ganz offenbar keine Versagungsgründe vorliegen, dennoch nicht unbedingt zu ergehen braucht, sondern seitens der zuständigen Behörde in seiner Wirksamkeit "auflösend" beschränkt werden kann.

V i e r t e r T e i l

Die Bedingungsfeindlichkeit von Verwaltungsakten als Ausdruck spezifischer Normfunktionen

1. Abschnitt

I. Die hinter der Frage nach der Bedingungsfeindlichkeit von Verwaltungsakten stehende spezifische rechtliche Problematik

§ 15 Allgemeine Grenzen des Einsatzes der Bedingung im Ver- waltungsrecht

1. Ein Verwaltungsakt kann, wie in den vorstehenden Ausführungen bereits angedeutet wurde, nicht immer schon dann unter einer Bedingung ergehen, wenn seinem Erlaß, so wie er beantragt ist, Versagungsgründe entgegenstehen würden. So ist es beispielsweise nicht angängig, eine Genehmigung unter praktisch unerfüllbaren Bedingungen zu erteilen; wird dadurch doch ein Sachverhalt geregelt, der nach menschlichem Ermessen niemals sich verwirklichen wird ¹⁾. Die Verwaltung soll mit ihrer Tätigkeit praktischen Zwecken dienen, sie ist nicht dafür da, sich in abstrakter und theoretischer Weise ohne praktischen Bezug mit der Auslegung der von ihr anzuwendenden Gesetze zu befassen. Dementsprechend hat etwa das preußische Obergerverwaltungsgericht die Baugenehmigungsbehörde für berechtigt erachtet, ein Bauprojekt nicht weiter auf seine Vereinbarkeit mit den einschlägigen öffentlichrechtlichen Bestimmungen zu prüfen, wenn nach den Umständen des Falles feststand, daß das Projekt

1) Eine andere Frage ist es natürlich, ob ein solcher Verwaltungsakt von dem so "Begünstigten" mit Erfolg angefochten werden kann. - vgl. dazu das interessante Urteil des BVerwG vom 29. März 1968 in NJW 1968,1842 (1843)

nicht zur Ausführung kommen werde^{1a)}. Jeder (sinnvollen) Rechtsanwendung ist also eine immanente Grenze eigen; sie wird dort überschritten, wo der Boden der Realität verlassen wird und die Rechtsanwendung zum Räsonnement entartet.

Im übrigen wäre die Unklarheit der Rechtslage, die sich aus einer rechtlichen Vorformung solcher künftigen Lebenslagen ergeben würde, deren Eintritt noch gar nicht absehbar ist, schlechthin unerträglich. Nicht von ungefähr kommt daher eine neuere Untersuchung²⁾ über die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen zu öffentlichrechtlichen Genehmigungen privatrechtlicher Rechtsgeschäfte zu dem Ergebnis, daß derartige Verwaltungsakte zwar aufschiebend bedingt erlassen werden können, die Bedingung jedoch nicht in einem für die Betroffenen völlig ungewissen und unbeeinflussbaren Ereignis bestehen dürfe. Es müsse sich vielmehr um einen Umstand handeln, der von dem Antragsteller selbst herbeigeführt werden könne, damit dieser in der Lage sei, den für ihn lästigen "Schwebezustand" zu beseitigen.

Von daher betrachtet bekommt die Kennzeichnung der Bedingung als einer Nebenbestimmung einen neuen, aber zutreffenden Sinn. Der Begriff soll nunmehr zum Ausdruck bringen, daß ein bedingter Verwaltungsakt nur erlassen werden kann, wenn der zu regelnde Sachverhalt in seinen wesentlichen Bezügen schon vorliegt, die noch ausstehenden, in der Bedingung näher umschriebenen Teile der Situation demgegenüber von geringer Bedeu-

1a) PROVG, Urteil vom 24. März 1902 in PROVG 41, 372 (374 f.); vgl. auch Schwerdtfeger in DÖV 1966, 494 (495/496); Gierth in DVBl 1967, 848 (849 f.); Scheerbarth S. 353

2) Kleekebusch in VerwArch 57, 17 (29)

tung sind und mit der Möglichkeit ihrer Realisierung gerechnet werden kann.

Damit beginnen sich zugleich die Konturen einer Position abzuzeichnen, die fern jeder begrifflichen Argumentation ³⁾ die Frage nach der Zulässigkeit bedingter Verwaltungsakte allein von deren Funktion im Rahmen der Konkretisierung des Rechts her beantworten will und - am Vorgang der Rechtsanwendung orientiert - davon ausgeht, daß dabei in erster Linie auf die Bedeutung des jeweils anzuwendenden Rechtssatzes innerhalb des Rechtsganzen abzustellen ist.

§ 16 Aus dem vorausgesetzten Bedingungsverständnis sich unmittelbar ergebende Folgerungen hinsichtlich der Bedingungsfeindlichkeit bestimmter Verwaltungsakte

2. Mit der Aussage, ein Verwaltungsakt sei dann bedingungsfeindlich, wenn er nach dem Inhalt der angewendeten Norm erst bei Vorliegen aller tatbestandlichen Voraussetzungen ergehen darf, ist bereits der Ansatzpunkt beschrieben, von dem her allein die Problematik, deren Untersuchung hier in Angriff genommen worden ist, einer Lösung zugeführt werden kann. Entscheidend ist also die Frage, wann die Verwaltung in Vollzug der ihr vorgegebenen Rechtssätze nur kategorische, nicht aber hypothetische Rechtsanwendungsakte erlassen darf.

Eines kann freilich auf Grund der durchgeführten Analyse des Bedingungsbegriffs im öffentlichen Recht schon jetzt gesagt werden: Dort, wo der Tatbestand eines Rechtssatzes ausschließlich an in der Vergangenheit liegende Sachverhalte anknüpft, kann in Anwendung gerade einer derartigen

3) wie sie etwa bei den oben S. 57 in Anm 67 Genannten zum Ausdruck kommt

Bestimmung ein bedingter Verwaltungsakt nicht ergehen. Vom Eintritt eines z u k ü n f t i - g e n , ungewissen Ereignisses kann nach der Gesetzeslage der Rechtserfolg schlechterdings nicht abhängig sein, da der infrage kommende Rechtssatz eben nur solche Sachverhalte betrifft, die zur Zeit seines Inkrafttretens bereits abgeschlossen waren.

Beispielhaft sei in diesem Zusammenhang die Anerkennung einer Spareinlage durch die Ausgleichsbehörde gem. §§ 15 Abs. 3 und 16 AltSpG angeführt. Voraussetzung für eine derartige Anerkennung ist, daß es sich um eine Spareinlage im Sinne von § 2 Abs. 1 S. 1 Ziff. 1 AltSpG oder § 2 a AltSpG handelt, die durch die Vorschriften zur Neuordnung des Geldwesens im Geltungsbereich des AltSpG im Verhältnis 10 : 1 oder in einem für den Gläubiger ungünstigeren Verhältnis auf DM umgestellt worden ist und die dem im Zeitpunkt der Einführung der Deutschen Mark berechtigten Gläubiger nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen des AltSpG schon bei Beginn des 1. Januar 1940 zugestanden hat. Hier ist der Erlaß eines Anerkennungsbescheides unter einer aufschiebenden Bedingung schlechterdings nicht möglich. Die Beifügung einer sog. "auflösenden" Bedingung erscheint allerdings nicht ausgeschlossen, da das Gesetz selbst in § 25 Abs. 1 AltSpG vorsieht, daß unter bestimmten Voraussetzungen - insbesondere bei Täuschung der Behörden im Antragsverfahren - ein Ausschluß von den Entschädigungsleistungen stattfinden kann.

In diesem Zusammenhang bedarf es noch eines kurzen Eingehens auf ein vielleicht naheliegendes Mißverständnis. So könnte man etwa im Hinblick auf den obigen Beispielsfall der Anerken-

nung einer Spareinlage als Altspareinlage einwenden, es müsse doch der Behörde - etwa im Rahmen eines Rechtsstreits - möglich sein, sich beispielsweise mit dem Antragsteller dahingehend zu vergleichen, eine Anerkennung werde unter der Voraussetzung ausgesprochen, daß das Bundesverwaltungsgericht einen bei ihm anhängigen Musterprozeß in einem bestimmten, dem Antragsteller günstigen Sinne entscheide. Aber auch ein anderer, hinsichtlich des Wirksamwerdens des Anerkennungsbescheides gleichfalls auf ein zukünftiges, ungewisses Ereignis abstellender Vergleich wäre nicht unmöglich, hat doch das BVerwG die Voraussetzungen des § 106 VwGO gerade auch dann für gegeben erachtet, wenn über die Auslegung einschlägiger gesetzlicher Bestimmungen berechtigte Zweifel bestehen ⁴⁾ oder unklar ist, ob die nach dem Gesetz erforderlichen tatsächlichen Grundlagen für die begehrte behördliche Regelung vorliegen ⁵⁾.

Man kann schlecht bestreiten, daß in solchen Fällen in Erfüllung des abgeschlossenen Vergleichs bedingte Verwaltungsakte erlassen werden. Gleichwohl bedeutet das keine Einschränkung der oben gemachten Aussage. Derartige bedingte Verwaltungsakte kann die Behörde nämlich in rechtlich einwandfreier Weise nur unter Mitwirkung des Betroffenen erlassen. Genauer gesagt handelt es sich dabei um einen Verwaltungsakt auf Unterwerfung ^{5a)}. Erklärt der Betroffene sein Einverständnis zu einer solchen bedingten Regelung nicht, so bleibt dieser Weg der Behörde verschlossen, die dann - will sie sich nicht einer Untätigkeitsklage aussetzen - nur noch die Möglichkeit hat, eine unbedingte Regelung zu treffen.

4) BVerwG, Urteil vom 28. März 1962 in DVBl 1962, 600

5) BVerwG, Urteil vom 29. Oktober 1963 in BVerwGE 17, 87 (93 f.)

5a) Zur Terminologie vgl. Wolff, VerwR I § 48 III a; demgegenüber spricht das BVerwG in einem ähnlich gelagerten Fall (Vereinbarung über die Höhe

Bedingungsfeindlich sind auch die Verwaltungsakte, bei deren Erlaß allein auf den im Zeitpunkt ihres Ergehens gegebenen oder gar auf einen Sachverhalt, wie er in einem bestimmten Zeitpunkt der Vergangenheit vorgelegen hat, abzustellen ist. Infrage kommen hier insbesondere die sogenannten streitentscheidenden Verwaltungsakte ⁶⁾, soweit sie nicht ihrer Funktion nach eine Regelung bestimmter Streitigkeiten für die Zukunft beinhalten.

§ 17 Aus dem vorausgesetzten Bedingungsverständnis hergeleitete methodologische Konsequenzen für eine der Bedingungsfeindlichkeit von Verwaltungsakten gewidmete Untersuchung

3. Da Rechtsanwendung per definitionem die Vorgegebenheit eines konkreten Sachverhalts voraussetzt, der nach den Vorschriften der Gesetze rechtlich zu bewerten ist, werden - soviel kann hier schon gesagt werden - Verwaltungsakte, die unter einer Bedingung ergehen, nicht die Regel, sondern die Ausnahme darstellen. Die oft anzutreffende Behauptung, die Bedingung könne im öffentlichen Recht überall eingesetzt werden, es sei denn, daß im Einzelfall eine anderslautende Bestimmung bestehe oder sich eine bedingte Regelung wegen der Natur der zugrunde liegenden Materie aus allgemeinen Erwägungen verbiete ⁷⁾, beruht daher auf einer verfehlten Betrachtungsweise, da sie den Grundsatz zur Ausnahme macht. Kelsen ⁸⁾ hat die-

einer dem Grunde nach feststehenden Entschädigung) von einem "Verwaltungsakt im Einvernehmen mit dem Antragsteller" (Urteil vom 21. September 1966 in BVerwGE 25,72 (78).

6) vgl. dazu Schüle S. 277 ff.; Wolff, VerwR I § 47 I b 3

7) v. Turegg-Kraus S. 121; Merk S. 847/848; EwVRO, Begründung S. 233 f.; Dersch in VerwArch 33,99 (145)

8) Hauptprobleme S. 513

sen Grundsatz dahingehend formuliert, daß der - als Einheit zu begreifende - Staatswille in der Rechtsordnung bedingt, in der Verwaltung unbedingt auftrete.

Ob und inwieweit eine Norm auch einen hypothetischen Vollzug zuläßt, hängt entscheidend von ihrer Funktion und ihrer Stellung im Aufbau der Rechtsordnung ab, die sich in der Struktur des in ihrem Vollzug ergehenden Rechtsanwendungsaktes widerspiegelt. Kommt diese Struktur der Eigenart der Bedingung im Rahmen der Anwendung des Rechts entgegen, so bestehen keine Bedenken, daß die Verwaltung sich dieses Gestaltungsmittels bei der Erfüllung ihrer Aufgaben bedient.

Damit wird, was keiner näheren Darlegung bedarf, einer teleologischen Methode der Vorzug gegeben. Diese bietet sich umso mehr an, als die Frage nach der Bedingungsfeindlichkeit von Verwaltungsakten nicht zuletzt auf die rationale Durchbildung des Rechtssystems zielt und damit im eigentlichen nicht an den Inhalt einer bestimmten Rechtsordnung gebunden ist. Es soll deshalb auch im folgenden nicht versucht werden, auf der Grundlage des geltenden Rechts in kasuistischer Weise einen Katalog von bedingungsfeindlichen Verwaltungsakten zusammenzustellen. Ein solches Unternehmen verspräche wenig Ertrag. Sinnvoller und der vorgegebenen Fragestellung angemessener ist es, im Hinblick auf den Vollzug bestimmter, in Bezug auf die zu untersuchende Problematik beispielhaft gebildeter Normgruppen die Gesichtspunkte herauszuarbeiten, die für die Bedingungsfeindlichkeit eines Verwaltungsaktes von ausschlaggebender Bedeutung sind, ohne daß in dieser Hinsicht absolute Voll-

ständigkeit angestrebt wird.

Ausgeklammert werden damit zugleich alle Überlegungen, die unabhängig von einer allgemeinen Kategorienbildung die Frage lösen wollen, unter welchen Umständen ein Verwaltungsakt im konkreten Einzelfalle bedingungsfeindlich sein kann. Derartige Erwägungen haben es mit einer anderen Problemstellung als der hier gewählten zu tun. Beispielsweise würde etwa die - im eigentlichen Sinne tautologische - Behauptung, ein Verwaltungsakt müsse, wenn alle Voraussetzungen für seinen Erlaß vorliegen, als bedingungsfeindlich angesehen werden, nichts darüber besagen, ob bei noch nicht vollständiger Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes der Verwaltungsakt auch unter einer entsprechenden Bedingung erlassen werden könnte. Hier ist also lediglich von Interesse, unter welchen Umständen Verwaltungsakte im allgemeinen als bedingungsfeindlich anzusprechen sind.

Es liegt in der Konsequenz der hier verfolgten Methode, die Auffassung abzulehnen, alle die Regelungen der Verwaltungsbehörden generell und schlechthin als bedingungsfeindlich anzusehen, die bestimmten - im folgenden noch näher darzulegenden und für die zu untersuchende Problematik bedeutsamen - Kategorien unterfallen. Es geht insoweit eben nicht um Schlußfolgerungen rechtslogischer Art, sondern um das Auffinden von Maßstäben, die für den Regelfall die Lösung bieten, es aber nicht ausschließen, daß bei besonders gelagerten Umständen ein Abweichen vom Grundsatz möglich ist.

2. Abschnitt

II. Arten bedingungsfeindlicher Verwaltungsakte

§ 18

Belastende Verwaltungsakte

1. Im Schrifttum ist bereits mehrfach herausgestellt worden, daß vorzugsweise begünstigende Verwaltungsakte mit Nebenbestimmungen versehen werden können ⁹⁾ - eine Feststellung, die jedenfalls was die Bedingung angeht, zunächst nur auf numerischen Gesichtspunkten zu beruhen scheint. Heben doch diese Autoren zugleich hervor, auch belastende Verwaltungsakte, insbesondere Gebote, könnten mit Bedingungen versehen werden. Freilich wird, soweit man dafür überhaupt ein Beispiel anführt, von Kormann bis Merk auf die "Kriegsbeorderung" verwiesen ¹⁰⁾ - ein Anzeichen dafür, daß es offenbar schwerhält, derartige Verwaltungsakte zu finden.

In der Tat wird man nicht umhin können; es zumindest als seltsam zu empfinden, wenn eine Behörde im Rahmen der Eingriffsverwaltung bei Anwendung genereller, abstrakter, hypothetischer Normen, jenachdem ob schon alle tatbestandsmäßigen Voraussetzungen vorliegen, kategorische oder anderenfalls hypothetische, konkret-individuelle S o l l e n s s ä t z e erlassen könnte. Denn wenn durch Gesetz der Verwaltung vorgeschrieben wird, ein Gebot oder Verbot auszusprechen, sobald ein bestimmter Tatbestand sich verwirklicht hat, so liegt darin inzidenter auch die Beschränkung, den betreffenden Verwaltungsakt solange nicht - auch nicht

9) vgl. Sulser S. 40; H. R. Huber S. 3;
v. Mangoldt in VerwArch 37, 101 (102)

10) Kormann S. 143; Merk S. 849

in hypothetischer Form - zu erlassen, als der Tatbestand nicht gegeben ist. Das leuchtet ohneweiteres ein, soweit mit dem Verwaltungsakt die Befolgung aktueller öffentlicher Pflichten ¹¹⁾ sichergestellt werden soll. Solange der Bürger diesen Pflichten nachkommt, besteht für die Verwaltung keine Veranlassung, eine Rechtsfolgenanordnung für den Fall etwaiger Verstöße zu treffen. Selbst wenn man der Verwaltung hier - von allen noch zu erörternden Bedenken einmal abgesehen - die Möglichkeit gäbe, sozusagen für die Zukunft zu arbeiten, würde dies im Ergebnis keinen größeren Vorteil bringen, als er mit einem einfachen Hinweis auf die Rechtslage verbunden ist, jedoch den Nachteil unerträglicher Gängelei des Staatsbürgers zur Folge haben. Zu fragen bliebe weiterhin, ob sich die Verwaltung nicht teilweise ihrer Regelungspflicht entzieht, wenn sie den vermeintlich sichersten Weg eines möglichst frühzeitigen Eingreifens gehen würde. Denn es ergibt sich ja in diesem Falle alsbald die Frage, wer denn über den Eintritt der Bedingung entscheidet. Soweit die erlassende Behörde auch für den Vollzug verantwortlich ist, tut sie es erst im Rahmen der Vollstreckung und verschiebt damit für den Bürger die "Risiko-schwelle" zu dessen Ungunsten.

Das Gesagte gilt auch, wenn der Verwaltungsakt der Aktualisierung potentieller öffentlicher Pflichten ¹²⁾ dient. In diesen Fällen würde eine Bedingung der Funktion derartiger Verwaltungsakte innerhalb des Rechtssystems, die eben in der Aktualisierung der gesetzlichen Pflichten liegt, zuwider laufen.

11) vgl. dazu Giacometti S. 298

12) vgl. dazu Giacometti S. 299

Diese Ergebnisse werden an Hand einer am Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes ¹³⁾ ausgerichteten Betrachtungsweise bestätigt. Darf eine Behörde den Bürger nur dann mit einer Pflicht belegen, wenn sie sich dabei auf eine gesetzliche Grundlage stützen kann, in der die Voraussetzungen für den beabsichtigten Eingriff tatbestandsmäßig normiert sind ¹⁴⁾, so kann ein wegen der noch nicht vollständig vorliegenden tatbestandlichen Merkmale unter aufschiebender Bedingung ergehender belastender Verwaltungsakt seine Rechtfertigung in dem angewendeten Rechtssatz nur dann finden, wenn die in dem bedingten Erlaß liegende zusätzliche Beschwer des Adressaten durch eben diesen Rechtssatz mitgedeckt ist. Es ist ja durchaus nicht so, daß - wie man zunächst meinen könnte - für den Adressaten in dem vorzeitigen Erlaß eines Verwaltungsaktes jedenfalls dann keine zusätzliche Beschwer liegt, wenn dessen Wirksamkeit vom Eintritt der noch fehlenden, den gesetzlichen Tatbestand erst voll ausfüllenden Umstände abhängig gemacht wird. Für den betroffenen Bürger ergibt sich nämlich alsbald die Frage, ob und wie er sich gegen einen derartigen Eingriff zur Wehr setzen soll. Er muß diesen Verwaltungsakt ja innerhalb der vorgeschriebenen Rechtsmittelfristen anfechten, will er nicht trotz dessen schwebender Unwirksamkeit das Risiko laufen, ihn unanfechtbar werden zu lassen. Durch einen unter aufschiebender Bedingung ergehenden belastenden Verwaltungsakt wird also der Bürger gewissermaßen "vorbelastet", er muß sich sozusagen vorfristig gegen einen "vor-

13) Wolff, VerwR I § 30 III b 2

14) Wolff, VerwR I § 30 III b 2

geplanten" Eingriff zur Wehr setzen. Damit wird die in der tatbestandsmäßigen Normierung liegende "Eingriffsgrenze" von der Behörde unter der Hand zu einer bloßen "Wirksamkeitsgrenze" verschoben. Die Behörde zwingt mithin den Bürger bereits zu einem Zeitpunkt zur Verteidigung seiner Rechte, in dem auch nach ihrer Auffassung noch nicht festgestellt werden kann, ob die Voraussetzungen für einen Eingriff jemals vorliegen werden. Ein solches Verhalten widerspricht der in den Grundrechten niedergelegten Freiheitsvermutung und bringt für den Bürger unter Umständen eine empfindliche Beeinträchtigung seines Rechtskreises mit sich. Das wird noch klarer, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die sukzessive Erfüllung der Tatbestandselemente einer die Verwaltung ermächtigenden Norm allein noch nicht ausreicht, um den Erlaß eines belastenden Verwaltungsaktes zu rechtfertigen. Hinzukommen muß, daß sämtliche Tatbestandsmerkmale auch zur selben Zeit vorliegen. Bei einer sukzessiv verlaufenden Tatbestandsverwirklichung ist also erforderlich, daß bei Eintritt des letzten, nach der anzuwendenden Bestimmung bedeutungsvollen Umstandes alle anderen schon früher erfüllten Voraussetzungen noch gegeben sind. Nur wenn dies der Fall ist, darf der betreffende Verwaltungsakt ergehen. Aus dieser Bindung kann sich die Verwaltung jedoch in etwa befreien, wenn sie sich des Gestaltungsmittels der Bedingung bedient. Sie spaltet dann den zu regelnden Sachverhalt sozusagen in zwei Bereiche auf. In den einen gehören die von der Behörde als gegeben angenommenen, den Tatbestand der angewendeten Bestimmung teilweise erfüllenden Umstände - sie stellen zugleich das auslösende Moment für das Tätigwerden der Behörde dar -, den anderen Bereich bilden die in der Bedingung umschriebenen Tatsachen, deren Eintritt erst zur vollen Tatbestandsverwirklichung führt. Diese Aufspaltung hat zur Folge,

daß eine einheitliche Sachverhaltsfeststellung der rechtlichen Regelung nicht mehr vorangeht und somit auch nicht mehr die Gewähr gegeben ist, daß im Zeitpunkt des Wirksamwerdens dieser Regelung alle nach dem Gesetz erforderlichen Voraussetzungen (noch) vorliegen. Dafür kann für den Regelfall nicht einmal eine Vermutung ins Feld geführt werden, denn angesichts der schnell wechselnden tatsächlichen Lagen, denen die Verwaltung heute als Regulator gegenübersteht, ist es nicht weniger wahrscheinlich, daß sich bis zum Eintritt des bedingenden Ereignisses die bei Erlaß des bedingten Verwaltungsaktes vorgefundene Situation schon wieder geändert hat. Auf Grund einer solchen Änderung könnte der Bürger dann seinerseits allenfalls eine Aufhebung des gegen ihn erlassenen Verwaltungsaktes beantragen. Damit befindet er sich - da er nunmehr einen ihn begünstigenden Verwaltungsakt erstrebt - materiell und prozessual in einer ungünstigeren Rechtsposition, als wenn er sich auf die Abwehr eines gegen seinen Rechtskreis gerichteten Eingriff zu beschränken brauchte. Im Ergebnis hat daher Otto Mayer ¹⁵⁾ schon recht, wenn er aus der Eingriffsverwaltung - und auf diese ist ja sein System zugeschnitten - die Rechtsfigur der Bedingung als zivilrechtlichen Formalismus verbannt wissen will.

Soweit im Einzelfall ein belastender Verwaltungsakt doch einmal zulässigerweise unter einer aufschiebenden Bedingung ergehen darf, kann dies nach alledem nur unter bestimmten engen Voraussetzungen möglich sein, durch deren Erfüllung die vorstehend geltend gemachten Bedenken weitgehend ausgeräumt

15) VerwR I S. 249 f.

werden. Erforderlich ist zunächst, daß der bestehende Zustand, der zum Anlaß der Regelung genommen wird und der den Tatbestand der zum Eingriff ermächtigenden Norm bereits in wesentlichen Punkten erfüllt, eine große Konstanz aufweist. Weiterhin muß der Eintritt der noch ausstehenden Umstände unmittelbar bevorstehen und eine erst danach erlassene Verfügung die von dem Ereignis ausgehende Schädlichkeit nicht voll verhindern können. Dabei ist noch zu bedenken, daß die Verwaltung mit der Möglichkeit, ihre Verfügungen gem. § 80 Abs. 2 VwGO für sofort vollziehbar zu erklären, ein in der Regel ausreichendes Mittel hat, in Notfällen rasch Abhilfe zu schaffen. Auf gar keinen Fall können Gründe der Zweckmäßigkeit für den Erlaß eines unter einer aufschiebenden Bedingung ergehenden belastenden Verwaltungsaktes ausschlaggebend sein ¹⁵⁾. Abgesehen von den dagegen bereits dargelegten Einwänden ist in diesem Zusammenhang noch zu beachten, daß an den Bürger gerichtete Verfügungen nicht lediglich den Sinn haben dürfen, der Behörde ihre Aufsicht zu erleichtern ¹⁶⁾.

Grundsätzlich haben also die Behörden von einer den Bürger belastenden Regelung überhaupt abzu-

15) vgl. in diesem Zusammenhang auch ProVG, Urteil vom 18. Dezember 1919 in PrVB1 41,329. Es scheint freilich, als ob das ProVG mit seiner Entscheidung der Polizei schon zu weit entgegen gekommen ist, auch wenn es im übrigen betont, daß nicht schon eine ungewisse Möglichkeit des Eintritts eines Ereignisses oder sein Eintritt erst in fernerer Zukunft zum Anlaß für eine unter aufschiebender Bedingung ergehende Verfügung genommen werden dürfe.

16) vgl. etwa § 20 Abs. 1 nWOBG sowie Drews-Wacke S. 295 f.

sehen, solange der vorliegende Sachverhalt den Tatbestand eines zum Eingriff ermächtigenden Rechtssatzes noch nicht (voll) erfüllt. Diese Eingriffsgrenze kann nicht dadurch umgangen werden, daß die Verwaltung sich des Hilfsmittels der Bedingung bedient.

Eines derartigen Mittels bedarf sie im allgemeinen auch gar nicht, um ihre Aufgaben zu erfüllen. Die dem willkürlichen Verhalten des Einzelnen vorzugswürdigen öffentlichen Interessen werden durch den Gesetzgeber auch gegenüber noch zukünftigen Entwicklungen bereits weitgehend abgesichert und geschützt, indem etwa die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der zum Eingriff ermächtigenden Norm so gefaßt werden, daß bestimmten, sich abzeichnenden schädlichen Tendenzen frühzeitig begegnet werden kann. Als Beispiel diene der Gefahrenbegriff im Polizei- und Ordnungsrecht. In diesem Begriff ist, wie Drews - Wacke zutreffend bemerken ¹⁷⁾, "der Gedanke künftigen Schadens, der drohenden Minderung des vorhandenen Bestandes" mit umschlossen. Die Polizei braucht mit dem Einschreiten nicht erst zuzuwarten, bis eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorliegt, sondern kann bereits tätig werden, wenn eine Situation eintritt, die nach menschlichem Ermessen in einen Schaden umzuschlagen droht ¹⁸⁾.

17) S. 56; ferner Wolff, VerwR III § 125 II b 1; Scupin S. 616

18) Drews-Wacke a.a.O.; OVG Münster, Bescheid vom 24. November 1953 in DVBl 1954, 509 (510); Wolff, VerwR III §125 II a; Scupin S. 613

In diesem Zusammenhang liegt nun der Einwand nahe, daß die hier vorgebrachten Bedenken gegen den Erlaß belastender Verwaltungsakte unter einer Bedingung jedenfalls dann nicht durchgreifen können, wenn im Einzelfall die tatbestandlich fixierte Eingriffsgrenze erreicht ist und der Behörde - wie im Polizei- und Ordnungsrecht - hinsichtlich ihres Tätigwerdens ein Ermessensspielraum zusteht. In einem solchen Falle, so ließe sich folgern, würde die Bedingung den Betroffenen nur begünstigen, da nunmehr von ihm nicht ein sofortiges Handeln, Dulden oder Unterlassen verlangt wird, sondern nur unter der Voraussetzung, daß noch weitere Umstände eintreten.

Ein Beispiel mag das näher erläutern: Auf Grund einer rechtsgültigen ordnungsbehördlichen Verordnung kann von jedem Uferanlieger verlangt werden, die Flußböschung im Bereich seiner Grundstücksgrenze abzustützen, wenn das Hochwasser die Zwei-Meter-Marke überschreitet. Nach Eintritt eines entsprechenden Sachverhaltes gibt die zuständige Behörde dem A auf, unverzüglich Sandsäcke entlang der von ihm auf seiner Grundstücksgrenze gebauten Umfassungsmauer aufzuschichten, falls das Hochwasser in den folgenden Tagen den Fluß dieser Mauer erreichen sollte. Hier schiebt also die Behörde - so könnte man argumentieren - bei gegebenem gesetzlichen Tatbestand von sich aus die Wirksamkeit ihrer Verfügung zum Vorteil des Betroffenen noch hinaus.

Der Einwand geht jedoch von einer Ermessenskonzeption aus, die in der vorliegenden Untersuchung ^{18a)} ausdrücklich abgelehnt

worden ist. Aus dem bloßen Umstand, daß ein Sachverhalt unter den Tatbestand eines ermessengewährenden Rechtssatzes subsumiert werden kann, läßt sich eben noch nichts für die Beantwortung der Frage entnehmen, ob der Rechtssatz damit auch zur Anwendung kommt oder nicht. Vielmehr muß ein solcher Sachverhalt im Hinblick auf seine am Maßstab der gesetzlichen Regelung herauszuarbeitenden Besonderheiten erst noch weiter bewertet werden ^{18b)}.

Kommt etwa in dem gewählten Beispielsfall die Behörde bei dieser Prüfung zu dem Ergebnis, daß sich zur Zeit ein Eingreifen noch erübrige, so muß sie den Eingriff auch unterlassen ^{18c)}. Ist sie der Auffassung, daß bei einem Steigen des Hochwassers bis zum Fuß der Umfassungsmauer ein Eingreifen erforderlich wird, so kann sie dieser Gefahr durch den Erlass eines bedingten Verwaltungsaktes nur vorbeugen, wenn deren wirksame Beseitigung anderenfalls nicht mehr in ausreichender Weise gewährleistet wäre ^{18d)}. Von einer solchen Fallgestaltung wird man freilich in dem gewählten Beispiel ausgehen dürfen, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Behörde überfordert wäre, müßte sie bei einer bereits erkennbar werdenden allgemeinen Gefahrensituation ihre Aufmerksamkeit auf einen bestimmten Ort konzentrieren.

18a) S. 60 ff.

18b) S. 70/71

18c) Hat sie freilich in rechtswidriger Weise von einem an sich erforderlichen umgehenden Einschreiten Abstand genommen und lediglich einen bedingten Verwaltungsakt erlassen, so wird selbstverständlich der Betroffene durch die Rechtswidrigkeit nicht in seinen Rechten verletzt.

18d) vgl. S. 124 dieser Untersuchung

Präventiver Natur ist die Tätigkeit der Polizei auch dann, wenn sie ein bestimmtes Verhalten, dessen Beobachtung ihrer vorgängigen Erlaubnis bedarf, genehmigt. In einem solchen Falle steht es ihr in aller Regel auch frei, möglichen nachteiligen Wirkungen des in Aussicht genommenen Verhaltens dadurch entgegenzuwirken, daß sie die erbetene Genehmigung nur unter Auflagen erteilt. Diese Auflagen sind, da sie regelmäßig dem Adressaten bestimmte Pflichten auferlegen, belastende Verwaltungsakte, deren Wirksamkeit jedoch aufschiebend bedingt davon abhängt, daß von der Genehmigung Gebrauch gemacht wird ¹⁹⁾. Es handelt sich freilich dabei um eine *condicio iuris*, also um eine kraft Gesetzes bestehende rechtliche Abhängigkeit. Dieser Gesichtspunkt ist in diesem Zusammenhang aber nur von untergeordnetem Interesse. Wichtig ist hier allein, daß der Gesetzgeber überall dort, wo bestimmte Verhaltensweisen oder die Schaffung besonderer Zustände ihrer Natur nach mit Gefahren für die Allgemeinheit verbunden sind, eine verwaltungsmäßige Vorprüfung anordnen kann, in der dann eine Prognoseentscheidung über die Schädlichkeit des in Aussicht genommenen Verhaltens oder des beabsichtigten Werkes zu treffen ist. Der Gesetzgeber hat also genügend Möglichkeiten, der Verwaltung ein rechtliches Instrumentarium an die Hand zu geben, mit der sie der Allgemeinheit nachteiligen Entwicklungen frühzeitig genug entgegentreten kann. Soweit die Verwaltung darüber hinaus auf mögliche zukünftige Tendenzen Einfluß nehmen will, erweitert sie unzulässigerweise den ihr vom Ge-

19) Kormann S. 144; v. Mangoldt in *VerwArch* 37, 101 (106 f.); H.R. Huber S. 35; Sannig *StuKommVerw* 1966, 4

setzgeber eingeräumten Eingriffsbereich. Das gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob sie sich bei ihrem Handeln auf eine ermessensgewährende oder eine zwingende Norm stützt.

Schließlich ist zu beachten, daß auch im Rahmen der Eingriffsverwaltung bestimmte gesetzliche Vorschriften der Verwaltung die Befugnis zur Regelung noch nicht vollständig realisierter Sachverhalte geben.

Ein Beispiel bietet etwa § 21 a WPflG. Nach dieser Bestimmung kann das Kreiswehrrersatzamt einem Wehrpflichtigen, der zum Wehrdienst bis auf weiteres nicht einberufen wird, obwohl er nach dem Musterungsergebnis für den Wehrdienst zur Verfügung steht, nach der Musterung einen Bereitstellungsbescheid erteilen, der ihn verpflichtet, sich zu einem bestimmten Zeitpunkt nach Verkündigung des Verteidigungsfalles an einer bestimmten Stelle zur Entscheidung über seine Einberufung zum unbefristeten Wehrdienst zu melden. Die Meldepflicht des Wehrpflichtigen ist also an die vorherige Verkündigung des Verteidigungsfalles geknüpft 19a).

Einer kurzen Betrachtung bedürfen schließlich die sogenannten Verwaltungsakte mit Dauerwirkung 19b), soweit sie Gebote oder Verbote

19a) Der vom BVerwG in seinem Urteil vom 29. Juni 1967 in BVerwGE 27,263 (266) geäußerten Ansicht, gegen eine bedingte Einberufung gedienter Wehrpflichtiger gem. § 23 WPflG bestünden "unter dem Gesichtspunkt der Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts" keine rechtli-

enthalten, die nicht nur einen, sondern mehrere gleichartige Sachverhalte betreffen.

Als Beispiel diene der von W. Jellinek ^{19c)} gebrachte Fall, daß einem Gastwirt aufgegeben wird, bei Glatteis stets die Zugangswege zu seiner Schankwirtschaft zu bestreuen. Infolge ihrer abstrakt-speziellen Fassung sind derartige Verfügungen notwendigerweise bedingt. Hält man sie daher grundsätzlich für zulässig - und die h. L. tut dies aus praktischen Erwägungen heraus mit Recht ^{19d)} -, so ist damit zugleich auch ihre bedingte Struktur gerechtfertigt. Das Problem ist daher nicht, inwieweit derartige Verwaltungsakte unter einer Bedingung erlassen werden können, sondern wann und inwieweit sie überhaupt erlassen werden können. Diesen Rahmen im einzelnen näher zu bestimmen, würde das Thema der vorliegenden Untersuchung überschreiten. Doch sei hier in aller Kürze angemerkt, daß für den Erlass eines solchen Verwaltungsaktes zumindest zweierlei erforderlich ist: Einmal müssen wenigstens alle diejenigen Voraussetzungen vorliegen, die für den Erlass einer sich auf einen Sachverhalt beziehenden Verfügung mit ansonsten gleichem Inhalt zu fordern wäre. Da einem Gastwirt, der bisher seiner Streupflicht immer nachgekommen ist, nicht befohlen werden kann, bei Eintritt des nächsten Frostes die Zugangswege zu bestreuen ^{19e)}, kann ihm auch nicht aufgegeben werden, entsprechendes immer dann zu

chen Bedenken, ist das VG Saarland mit Recht entgegengetreten (Urteil vom 12. Oktober 1967 in NJW 1968, 516).

19b) vgl. dazu Bachof in JZ 1954, 416 (419); Wolff, VerwR I 47 V b; Bähr S. 53, 55

19c) Gesetz S. 145

19d) Wolff, VerwR I § 46 VI a 4; ausführlich: Volkmar S. 152 f. m.w.N.; vgl. ferner die vom BVerwG, Urteil vom 5. August 1965 in BVerwGE 22, 26 und vom OVG Münster, Urteil

tun, wenn sich Glatteis gebildet hat. Ein Zweites muß hinzukommen: Es muß von vornherein eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, daß sich der zu regelnde Sachverhalt wiederholt und daß auch für die Zukunft ein Bedürfnis besteht, das Verhalten des Inanspruchgenommenen zu regeln. Diese Wahrscheinlichkeit ist gegeben, wenn wesentliche Elemente des Sachverhalts konstant bleiben (im Beispielsfall: Der Betrieb der Schankwirtschaft), hinsichtlich der übrigen Umstände nach der Lebenserfahrung damit zu rechnen ist, daß sie stets erneut auftreten werden (im Beispielsfall: Die Glatteisbildung) und schließlich das bisherige Verhalten des Inanspruchgenommenen Veranlassung zu der Annahme gibt, er werde auch künftig seinen Pflichten nicht nachkommen.

Die "auflösende" Bedingung bietet der Verwaltung, soweit belastende Verwaltungsakte infrage stehen, im allgemeinen keine besonderen Vorteile, so daß sie nicht eben häufig ist. Da die Behörde ihre Akte unter Kontrolle zu halten, d. h. darauf zu achten hat, ob die Voraussetzungen für ein Gebot oder Verbot, das fortdauernde Wirkung ausübt, noch gegeben sind ²⁰⁾, ist für sie die auflösende Be-

vom 18. April 1961 in OVGE 16,289 =
DVBl 1962,68 entschiedenen Fälle

19e) vgl. S. 120 dieser Untersuchung

20) Haueisen in NJW 1958,1065 (1066) und
Klinger S. 170

dingung nur von Bedeutung, wenn und soweit der Adressat damit zu einem bestimmten Verhalten veranlaßt werden kann, das ansonsten nicht von ihm erzwingbar ist. Charakteristischerweise muß in derartigen Fällen die auflösende Bedingung, soll sie zur Unwirksamkeit der Verfügung führen, stets innerhalb einer bestimmten Frist eintreten. Im Rahmen dieser Frist wird dem Adressaten zugleich Aufschub gewährt, dem Gebot oder Verbot nachzukommen. Als Beispiel mag die an einen Bauherrn gerichtete Verfügung dienen, das ungenehmigte, noch unfertige Bauwerk binnen drei Tagen stillzulegen, es sei denn, er suche innerhalb dieser Zeitspanne um die Erteilung der Baugenehmigung nach.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß im Rahmen der Eingriffsverwaltung die Bedingung als Gestaltungsmittel weitgehend ausscheidet; belastende Verwaltungsakte sind - von eng begrenzten Ausnahmen abgesehen - grundsätzlich bedingungsfeindlich.

§ 19 Rechtsfeststellende und rechtsgestaltende Verwaltungsakte

2. Doch auch begünstigende Verwaltungsakte können nicht durchweg unter einer Bedingung erlassen werden. Insbesondere sind die im engeren Sinne feststellenden und gestaltenden Verwaltungsakte ²¹⁾ (sog. rechtsfeststellende und rechtsgestaltende Verwaltungsakte)

21) Diese Akte werden hier im Rahmen der sog. begünstigenden Verwaltungsakte abgehandelt. Sie können zwar selbstverständlich auch belastender Art sein und dienen dann dazu, den Erlaß eines unmittelbar ein Gebot oder Verbot enthaltenden Verwaltungsaktes vorzubereiten. Insofern gelten natürlich die nachstehend im Text entwickelten Grundsätze ebenfalls.

bedingungsfeindlich. Da derartige Verwaltungsakte der rechtstechnischen Ökonomie dienen, weil sie als Tatbestandselemente in anderen Rechtsätzen fungieren und damit zu Voraussetzungen für ein weiteres Handeln der Verwaltung werden, würde ein bedingter Erlass ihrem Zweck, die Rechtsanwendung gesicherter zu machen und zu vereinfachen, stracks zuwider laufen.

Bevor diese These jedoch im einzelnen näher begründet werden soll, bedarf es zunächst einer terminologischen Klarstellung. In einem früheren Kapitel ²²⁾ dieser Arbeit wurde dargelegt, daß die Unterscheidung zwischen feststellenden und gestaltenden Verwaltungsakten nicht prinzipieller, sondern nur gradueller Art sei, wobei diese Kategorien als hinreichende, d. h. als zur Klassifizierung aller Verwaltungsakte geeignet, aufgefaßt wurden. In diesem weiten Sinne ist im folgenden von diesen Begriffen nicht die Rede. Eine erhebliche Einschränkung liegt bereits darin, daß Verwaltungsakte, soweit sie unmittelbar ein Gebot oder Verbot enthalten, nicht berücksichtigt werden. Ausgeschlossen werden ferner die sogenannten rechtsgewährenden Verwaltungsakte, d. h. solche, die sich darin erschöpfen, dem einzelnen bestimmte Verhaltensweisen zu erlauben - gleichgültig, ob dabei der Verwaltungsakt der Sache nach mehr als "Unbedenklichkeitsbescheinigung" ²³⁾ aufzufassen ist und mit- hin mehr feststellender Natur ist - wie beim Prinzip der Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt im Sinne der Krügerschen Terminologie ²⁴⁾ -

22) § 4 insb. S. 33

23) Zur Terminologie vgl. Strickstrock S. 232

24) Krüger in DÖV 1958, 673 ff.

oder ob, wie im Falle der echten Verleihung²⁵⁾, die gestaltende Seite im Vordergrund steht. Was bleibt, sind die Verwaltungsakte, deren Zweck es ist, Gebote und Verbote, Gewährungen und Verleihungen vorzubereiten, die also mittelbar die Voraussetzungen für ein späteres Handeln der Verwaltung festlegen. Derartige Verwaltungsakte können freilich von der Verwaltung nicht einfach nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten zur Vorbereitung bestimmter Verhaltenspflichten des Bürgers bzw. als Grundlage für die Erfüllung ihm zustehender Rechtsansprüche erlassen werden, sondern bedürfen selbstverständlich ihrerseits der gesetzlichen Rechtfertigung²⁶⁾. Demgemäß kann man auch die Rechtssätze in mittelbare oder unmittelbare Normen einteilen²⁷⁾, je nachdem, ob sie Verhaltensrecht beinhalten oder nur vorbereiten wollen.

Feststellende und gestaltende Verwaltungsakte in diesem engeren - hier allein gemeinten - Sinne können, soweit sie personbezogen sind, einen besonderen personalen Status begründen und schaffen damit "Rechtszustände"²⁸⁾, die in Verbindung mit daran anknüpfenden Verhaltens- und Sanktionsnormen zu potentiellen und

25) vgl. zu dieser Rechtsfigur Wolff, VerwR I § 48 II b

26) So hat etwa das OVG Hamburg - Urteil vom 20. Juni 1957 in MDR 1958,61 - eine Polizeiverfügung, die sich in der Feststellung eines Gefahrenzustandes erschöpfte, mit der Begründung aufgehoben, daß die Behörde damit die ihr zustehenden Befugnisse überschreite. Im polizeilichen Bereich sei es vielmehr ihre Aufgabe, zu verbieten oder Maßnahmen anzuordnen, nicht aber Feststellungen zu treffen, soweit dies - wie et-

aktuellen Rechten und Pflichten des betreffenden Subjekts führen können ²⁹⁾. Sie beinhalten also, um mit Georg Jellinek zu sprechen ³⁰⁾, eine Qualifikation der Persönlichkeit, eine das Individuum rechtlich qualifizierende Beziehung zum Staate. Soweit sie sachbezogen sind, regeln sie als dingliche Verwaltungsakte ³¹⁾ eine bestimmte verwaltungsrechtlich bedeutsame Eigenschaft einer Sache ³²⁾ und nehmen damit wiederum - ebenfalls mittelbar - Einfluß auf das Verhalten von Personen.

Die Funktion der vorstehend näher gekennzeichneten Verwaltungsakte besteht jeweils darin, die Konkretisierung und Durchsetzung der unmittelbares Verhaltensrecht beinhaltenden Rechtssätze in möglichst richtiger und widerspruchslloser Weise zu gewährleisten ^{32a)}. Dies geschieht dadurch, daß die in ihnen enthaltenen Geltungsanordnungen Tatbestandsmerkmale in anderen Rechtssätzen werden und damit die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser Vorschriften (mit)festlegen.

So ist etwa nicht jeder Bürger Subjekt der im öffentlichen Dienstrecht normierten Rechte und Pflichten, sondern nur der Beamte. Beamter kann jedoch nur derjenige werden, der dazu ernannt wird (vgl. § 5 Abs. 1 BRRG). Erst durch den Ver-

wa bei der Erteilung von Baugenehmigungen - nicht ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben sei.

27) vgl. dazu Bucher S. 51

28) W. Jellinek, Lehrbuch S. 192

29) Rupp S. 165

30) S. 83

31) zur Terminologie vgl. Wolff, VerwR I § 45 II c 2

32) Wolff, VerwR I § 46 VIII und § 47 IX

32a) vgl. dazu Martens in DVBl 1968, 322 (325)

waltungsakt der Ernennung wird also in Bezug auf das ernannte Subjekt die Anwendbarkeit der beamtenrechtlichen Vorschriften möglich. Diese Vorschaltung eines gestaltenden Verwaltungsaktes ist keineswegs für den Gesetzgeber eine zwingende systematische Notwendigkeit. So ließe sich ohne weiteres auch ein öffentliches Dienstrecht konstruieren, daß an die bloße Tatsache der - im einzelnen dann noch besonders zu kennzeichnenden - Aufgabenerfüllung im öffentlichen Bereich anknüpft. Freilich würde eine solche Konzeption sich vermutlich sehr bald dem Vorwurf ausgesetzt sehen, daß sie zu einer nicht unerheblichen Komplizierung der Dinge führe, da nunmehr - weil ein leicht überschaubarer, einfacher Tatbestand fehlt - vor Anwendung jeder dienstrechtlichen Bestimmung stets eine, oft nur schwierig durchzuführende tatsächliche Aufklärung und daran anschließend eine im allgemeinen ebenso umständliche und diffizile Subsumtion erforderlich sei.

In der Tat hat denn auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts, die bis zum Erlaß des Reichsgesetzes zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des allgemeinen Beamten-, des Besoldungs- und des Versorgungsrechts vom 30. Juni 1933 (RGBl I S. 433) ^{32b)} an der Auffassung festhielt ^{32c)}, die Beamten-eigenschaft könne aus der Natur der Sache heraus durch die bloße Übertragung von Dienst-

32b) RG, Urteil vom 27. Oktober 1933 in
RGZ 142,56 (59)

verrichtungen öffentlichrechtlicher Art erworben werden, zu einer sehr erheblichen Rechtsunsicherheit ^{32d)} und zu einer starken finanziellen Belastung der öffentlichen Haushalte geführt ^{32e)}.

Anstelle des gestaltenden tritt ein feststellender Verwaltungsakt, wenn die besondere rechtliche Qualifikation nach der Natur der zu regelnden Materie an das bloße Vorhandensein bestimmter personaler oder sachlicher Eigenschaften anknüpft und damit zugleich ein "Spielraum" der Behörde für eine Auswahl - wie etwa bei der Beamtenernennung ³³⁾ - nicht mehr besteht. So werden etwa den Vertriebenen durch das BVertrG mannigfaltige Rechte und Vergünstigungen gewährt. Nach der Begriffsbestimmung in § 1 Abs. 1 BVertrG ist Vertriebener, wer als deutscher Staatsangehöriger oder deutscher Volkszugehöriger seinen Wohnsitz in den zur Zeit unter fremder Verwaltung stehenden deutschen Ostgebieten oder in den Gebieten außerhalb der Grenzen des Deutschen Reiches nach dem Gebietsstande vom 31. Dezember 1937 hatte und

32c) RG, Urteil vom 10. Juli 1920 in RGZ 99,265 (267) RG, Urteil vom 10. Januar 1933 in RGZ 139,305 (308)

32d) vgl. Ule, Entwicklung des Beamtenrechts S. 122; Heyland S. 53; Anlaß für das erwähnte Gesetz war u. a. die Schwierigkeit, den Begriff der "obrigkeitlichen Funktion" klar zu umreißen.

32e) Im Urteil des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich vom 20. Juni 1932 in RGZ 137,17⁺ (35⁺) wird ausgeführt, daß in der Begründung der Reichsregie-

diesen im Zusammenhang mit den Ereignissen des zweiten Weltkrieges infolge Vertreibung, insbesondere durch Ausweisung oder Flucht, verloren hat. Gem. § 1 Abs. 2 Ziff. 3 BVertrG ist Vertriebener auch, wer nach Abschluß der allgemeinen Vertreibungsmaßnahmen die zur Zeit unter fremder Verwaltung stehenden deutschen Ostgebiete verlassen hat oder verläßt, es sei denn, daß er erst nach dem 8. Mai 1945 einen Wohnsitz in diesen Gebieten begründet hat (sog. Aussiedler). Die Erfüllung dieser Voraussetzungen allein genügt jedoch nicht, damit der Aussiedler die ihm eingeräumten Rechte und Vergünstigungen auch tatsächlich in Anspruch nehmen kann. Dafür muß er - abgesehen von den einschränkenden Bestimmungen der §§ 9 - 12 BVertrG - sich erst von der zuständigen Behörde einen seine Vertriebeneneigenschaft dokumentierenden Ausweis ausstellen lassen, der dann allerdings gem. § 15 Abs. 5 BVertrG für die über die Gewährung der im BVertrG vorgesehenen Rechte und Vergünstigungen befindenden Stellen verbindlich ist. Durch die Ausstellung des Vertriebenenausweises wird also vorab bindend über das Vorliegen bestimmter, für die Anwendbarkeit der Bestimmungen des BVertrG grundlegender Tatsachen befunden. Solange ein derartiger feststellender Verwal-

lung zu einem dem Reichsrat unterbreiteten Gesetzesentwurf "die Zahl der beteiligten Angestellten auf Hunderttausende und die bei Durchführung der Grundsätze des Reichsgerichts zu gewärtigende Mehrausgabe öffentlicher Verbände auf mehr als eine Milliarde RM geschätzt" werde.

- 33) Hier ist die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen zwar auch unabdingbar für eine Ernennung, genügt aber allein noch nicht, um sie herbeizuführen. Die Behörde hat diese vielmehr im Rahmen ihres Ermessens nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorzunehmen.

tungsakt nicht ergangen ist, kann der Vertriebene keinerlei Rechte aus dem BVertrG herleiten, seine Vertriebeneneigenschaft ist rechtlich unbeachtlich, eine Berufung auf sie muß ohne Erfolg bleiben.

Der Zweck einer derartigen gesetzlichen Regelung ist klar. Er besteht darin zu vermeiden, daß jede mit der Durchführung des BVertrG befaßte Behörde sich erst jeweils darüber Gewißheit verschaffen muß, ob ein um die Gewährung eines bestimmten Rechtsvorteils oder eine besondere Vergünstigung nachsuchender Antragsteller Vertriebener im Sinne des BVertrG ist oder nicht. Abgesehen von der infolge dieser oft zeitraubenden Prüfung eintretenden höchst unerwünschten Belastung des Verwaltungsverfahrens entsteht die Gefahr, daß sich widersprechende Entscheidungen ergeben. So ist etwa denkbar, daß die Finanzbehörde die Vertriebeneneigenschaft bejaht und die in diesem Falle möglichen Steuervergünstigungen gewährt, während vielleicht die zur Vergabe von Krediten zuständige Stelle die Hingabe eines zinsverbilligten Darlehens gegenüber demselben Antragsteller mit der Begründung ablehnt, er sei nicht Vertriebener im Sinne des § 1 BVertrG. Es ist daher durchaus sinnvoll, das Vorliegen oder Nichtvorliegen bestimmter Tatsachen, die für die rechtliche Erfassung eines Gesamtkomplexes von besonderer Bedeutung sind und deren Gegebensein anderenfalls immer wieder erneut nachgeprüft werden müßte, durch einen selbständigen Verwaltungsakt feststellen zu lassen. Es handelt sich hier - ebenso wie bei den rechtsgestaltenden Verwaltungsakten - um eine aus rechtsökonomischen Gründen vorweggenommene und " vor die Klammer gezogene " Regelung.

Hinzu kommt ein weiteres. Die hier gemeinten rechtsfeststellenden Verwaltungsakte beziehen

sich - und dafür ist die Feststellung der Vertriebeneneigenschaft gem. § 15 BVertrG gleichfalls ein Beispiel - in der Regel auf abgeschlossene Sachverhalte. Der Gesetzgeber reagiert etwa auf bestimmte, von den Betroffenen als besonders hart empfundene Ereignisse - wie Flucht und Vertreibung - , indem er an diese Tatsachen unter bestimmten weiteren Umständen einen Rechtsstatus knüpft, der seinen Träger zum teilweisen Ausgleich der erlittenen Nachteile besondere Rechtsvorteile erlangen läßt. Diese bloße Reaktionsfunktion des Gesetzes schließt den Erlaß eines bedingten Verwaltungsaktes aus.

Weiterhin ist zu bedenken, daß sich - wenn überhaupt - bei den rechtsfeststellenden Verwaltungsakten eine Bedingung im eigentlichen Sinne nur auf den Eintritt gerade des wesentlichsten Sachverhaltsstückes beziehen könnte, so daß eine unter solchen Vorzeichen ergehende "Regelung" keinen realen Hintergrund mehr hätte.

Die Vorschaltung bestimmter rechtsgestaltender oder rechtsfeststellender Verwaltungsakte im Rahmen der Individualisierung und Konkretisierung bestimmter öffentlicher Rechte und Pflichten dient nicht nur dazu, Fehlerquellen bei der Rechtsanwendung nach Möglichkeit auszuschalten und die in Ansehung eines bestimmten Sachverhalts ergehenden verschiedenen Verwaltungsakte in Übereinstimmung miteinander zu erhalten, sondern ist zugleich auch für den Bürger selbst eine unentbehrliche Hilfe, vermöge deren er überhaupt erst den ihm gesetzlich auferlegten Pflichten nachkommen und die ihm zustehenden Rechte wahrnehmen kann.

Auch dies sei an einem Beispiel näher verdeutlicht. Durch das Genfer Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, dem auch die Bundesrepublik beigetreten ist (BGBl 1953 II S. 560), ist für ausländische Flüchtlinge, die in ihrer Person die in Art. 1 lit. A des Abkommens niedergelegten Voraussetzungen erfüllen, im Aufnahmestaat ein besonderer Rechtsstatus geschaffen worden, der diesen Personen in mancherlei Hinsicht Erleichterungen bringt. In Ausführung der Konvention hatte die Bundesregierung zunächst eine Verordnung über die Anerkennung und die Verteilung von ausländischen Flüchtlingen, die sog. Asylverordnung³⁴⁾ erlassen, die nunmehr durch das die Materie neu regelnde AuslG abgelöst worden ist. In den §§ 5 ff. der Asylverordnung (vgl. jetzt §§ 28 ff. AuslG) war vorgesehen, daß über die Anerkennung eines Ausländers als ausländischer Flüchtling im Sinne des Genfer Abkommens in einem besonderen Verfahren durch einen Ausschuß befunden werde. Dessen Entscheidung hatte für alle übrigen mit Flüchtlings-sachen befaßten Stellen - abgesehen von den für die Auslieferung zuständigen Behörden - bindende Wirkung (vgl. jetzt auch § 45 AuslG). Das BVerwG hat in dieser Verfahrensgestaltung eine wesentliche Voraussetzung für eine dem Sinn des Genfer Abkommens gerecht werdende innerstaatliche Durchführung erblickt und in diesem Zusammenhang wörtlich ausgeführt³⁵⁾: "Die Genfer Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge ... will den ausländischen Flüchtlingen, die die Voraussetzungen des Art. 1 erfüllen, in dem Aufnahmeland eine besondere Rechts-

34) BGBl 1953 I S. 3

35) Urteil vom 25. November 1958 in BVerwGE 7,333 = NJW 1959,451 (452) = JZ 1959,281

stellung verschaffen, die der des Staatsangehörigen im Aufnahmeland in mancher Hinsicht angenähert ist. Sie gewährt dem ausländischen Flüchtling Erleichterungen für seine Erwerbstätigkeit, Versorgungsrechte im Falle der Hilfsbedürftigkeit, ein Recht auf Freizügigkeit, auf Ausstellung von Personal- und Reiseausweisen u. a. m. Die Verwirklichung dieser Rechte setzt voraus, daß der ausländische Flüchtling als solcher **a n e r k a n n t** ist. Müßte er jedesmal, wenn er die ihm durch die Konvention zugedachten Rechte beansprucht, nachweisen, daß er ausländischer Flüchtling ist, so würden ihm die Vorschriften der Konvention wenig nützen. Die Bundesrepublik hat daher mit der Annahme der Konvention die Verpflichtung übernommen, dem ausländischen Flüchtling, der darum ansucht, eine entsprechende Anerkennung zu geben. Das ist zwar in der Konvention nicht ausdrücklich vorgeschrieben, folgt aber aus der Aufgabe, die Konvention innerstaatlich durchzuführen."

Hier wird sehr deutlich die Bedeutung eines gesondert, d. h. unabhängig von der konkreten Inanspruchnahme besonderer Rechte zu erlassenden statusfeststellenden Verwaltungsaktes auch für den betreffenden Personenkreis herausgestellt.

Ähnlich - wenn auch mit umgekehrten Vorzeichen - liegen die Dinge bei der Eintragung eines Naturdenkmals in das Naturdenkmalbuch gem. § 12 NSchG. Was unter dem Begriff des Naturdenkmals im Sinne des NSchG zu verstehen ist, wird in § 3 NSchG näher definiert. Es handelt sich um Einzelschöpfungen der Natur, deren Erhaltung wegen ihrer wissenschaftlichen, geschichtlichen, heimat- und volkskundlichen Bedeutung oder wegen ihrer son-

stigen Eigenart im öffentlichen Interesse liegt (z. B. Felsen, erdgeschichtliche Aufschlüsse, Wanderblöcke, Gletscherspuren, Quellen, Wasserläufe, Wasserfälle, alte oder seltene Bäume). Verhaltenspflichten in Bezug auf ein Naturdenkmal ergeben sich für die Bürger jedoch erst aus der Tatsache der Eintragung des Naturdenkmals in das Naturdenkmalbuch. Gem. § 16 Abs. 1 NSchG ist es nämlich nur verboten, ein e i n g e t r a g e n e s Naturdenkmal ohne Genehmigung der zuständigen Naturschutzbehörde zu entfernen, zu zerstören oder zu verändern. Die Eintragung in das Naturdenkmalbuch verfügt gem. § 13 Abs. 1 NSchG die untere Naturschutzbehörde ³⁶⁾.

Auch diese gesetzliche Regelung ist sinnvoll. Will man einen wirksamen Naturdenkmalschutz sicherstellen, so ist unerläßlich, daß die schutzbedürftigen Objekte als solche für jeden verbindlich gekennzeichnet werden. Es zunächst dem Bürger zu überlassen, sich darüber schlüssig zu werden, ob ein Naturdenkmal im Sinne des Gesetzes vorliegt oder nicht, belastet diesen mit einem kaum tragbaren Risiko - ganz abgesehen davon, daß etwaige Irrtümer irreparabel sind.

36) § 7 Abs. 2 NSchDVO schreibt zwar vor, daß die Neueintragung von Naturdenkmalen durch Verordnung der unteren Naturschutzbehörde bekanntzugeben ist. Durch diese Bestimmung wird jedoch lediglich die Form der Bekanntgabe der Eintragung näher geregelt, um die rechtsstaatlich gebotene Verlautbarung der Maßnahme nach außen hin sicherzustellen. Der Charakter der Eintragung als Verwaltungsakt wird dadurch nicht berührt. Vgl. dazu auch Asal in DÖV 1963, 84 ff. - Im übrigen hat § 7 Abs. 2 NSchDVO nach der Verordnung zur Durchführung des Reichsnaturschutzgesetzes vom 21. März 1950 (BayGVBl 1950 S. 70) in Bayern folgende Fassung: "Die Neueintragung von Naturdenkmalen ist durch die untere Naturschutzbehörde bekanntzugeben."

Neben dinglichen Verwaltungsakten konstitutiv feststellender Natur wie etwa der vorstehend behandelten Eintragung eines Naturdenkmals in das Naturdenkmalsbuch gibt es auch solche rechts-gestaltender Art z. B. den Enteignungsbeschluß gem. § 113 BBauG oder die Planfeststellungen gem. § 17 FStrG und § 36 BBahnG. Hier knüpft der Gesetzgeber nicht an eine natürliche Eigenschaft der Sache an, um dieser rechtliche Bedeutung zu verleihen, sondern gestaltet dingliche Privatrechte bzw. bereitet deren Gestaltung maßgeblich vor ³⁷⁾ oder regelt die rechtlichen Beziehungen in Ansehung der Sache zwischen den privaten Eigentümern und der die Sache im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung in Anspruch nehmenden öffentlichen Verwaltung ³⁸⁾. Derartige Verwaltungsakte bilden also - wie auch die rechtsfeststellenden dinglichen Verwaltungsakte - den Ansatzpunkt für die Entstehung einer Fülle von Rechtsverhältnissen öffentlich-rechtlicher oder auch privatrechtlicher Natur.

Feststellende und gestaltende Verwaltungsakte im hier gemeinten Sinne sind daher in einem funktionierenden Rechtssystem praktisch unentbehrlich, schließl. bei der Konkretisierung und Individualisierung der unmittelbaren Verhaltensrechte statuierenden verwaltungsrechtlichen Normen nicht zu kaum zu beseitigenden Schwierigkeiten kommen. Derartige Verwaltungsakte vereinfachen die Rechtslage und dienen damit der rechtstechnischen Ökonomie ³⁹⁾. Sie legen die Voraussetzun-

37) So tritt etwa der im Enteignungsbeschluß geregelte "neue Rechtszustand" erst mit dem in der Ausführungsanordnung festzusetzenden Tag ein (§ 117 Abs. 3 BBauG).

38) Wolff, VerwR I § 47 IX b 2

39) Imboden, Nichtiger Staatsakt S. 21

gen für späteres Handeln der Verwaltung fest, indem sie als Tatbestandselemente in weiteren Rechtssätzen fungieren. Damit werden sie zu besonderen, ein großes Maß an Rechtssicherheit gewährleistenden Instrumenten der Rechtsverwirklichung und verbürgen innerhalb des Rechtsgebiets, auf das sie bezogen sind, die wünschenswerte Rechtsklarheit. Mit Recht sagt daher Imboden ⁴⁰⁾, daß ein gestaltender Verwaltungsakt - und gleiches gilt vom feststellenden - nicht vollstreckt, sondern angewendet wird. Dies ist jedesmal dann der Fall, wenn die durch den feststellenden oder gestaltenden Verwaltungsakt getroffene Regelung Maßgeblichkeit für den Erlaß eines gewährenden oder verpflichtenden Verwaltungsaktes besitzt. Diese den rechtsfeststellenden und rechtsgestaltenden Verwaltungsakten eigene Möglichkeit, mit der durch sie vorgenommenen rechtlichen Gestaltung zugleich Tatbestandsmerkmale in anderen Rechtssätzen auszufüllen, nennt man ihre Bindungs- oder besser noch Gestaltungswirkung ⁴¹⁾. Auch die rechtsfeststellenden Verwaltungsakte - sie stellen in aller Regel Tatsachen, nicht Rechtsbeziehungen oder Rechtsverhältnisse fest ⁴²⁾ - gestalten also im rechtlichen Sinne. Denn Maßgeblichkeit und Erheblichkeit für rechtliches Verhalten erhalten diese - vom Gesetzgeber zum Anlaß einer bestimmten rechtlichen Regelung genommenen - Tatsachen eben erst, wenn ihr Gegenstand zuvor von der zuständigen Behörde autoritativ festgestellt worden ist.

40) Nichtiger Staatsakt S. 21

41) Wolff, VerwR I § 20 V b; Jesch, Bindung S. 63; dagegen ist in diesem Zusammenhang der Begriff der Tatbestandswirkung abzulehnen (unrichtig daher Forsthoff, Lehrbuch S. 101; v. Turegg-Kraus S. 53; W. Jellinek, Lehrbuch S. 17), da Tatbestandswirkung allen Verwaltungsakten auf Grund der bloßen Tatsache ihres Vorhandenseins zukommt (so mit Recht Hatschek-kurt-

Die Gestaltungswirkung, nicht aber der vermeintliche Feststellungscharakter ist also der eigentliche Grund für die Bedingungsfeindlichkeit rechtsfeststellender Verwaltungsakte. Unrichtig ist es daher auch, die Genehmigungen pauschal wegen ihres Feststellungscharakters zu den bedingungsfeindlichen Verwaltungsakten zu rechnen. Diese insbesondere von Kormann ⁴³⁾ vertretene Ansicht ist in einer solchen Allgemeinheit nicht haltbar und leicht an Hand von Beispielen aus der Gesetzespraxis ⁴⁴⁾ zu widerlegen. Richtig ist nur, daß derartige Verwaltungsakte, soweit mit ihnen eine Gestaltungswirkung verbunden ist, wie alle rechtsgestaltenden und rechtsfeststellenden Verwaltungsakte bedingungsfeindlich sind. Diese Gestaltungswirkung kann sich selbstverständlich auch auf die privatrechtliche Sphäre erstrecken, wie dies bei einem großen Teil der privatrechtsbegründenden Verwaltungsakte der Fall ist, die im Gegensatz zu den privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten nicht bloß Gültigkeitsvoraussetzung für ein privatrechtliches Rechtsgeschäft sind, sondern dies auch inhaltlich festlegen.

Gestaltende und feststellende Verwaltungsakte im hier gemeinten Sinne würden nun ihren Zweck, die Individualisierung und Konkretisierung des unmittelbaren Verhaltensrechts in möglichst widerspruchsfreier Weise sicherzustellen, verfehlen, könnten sie unter einer Bedingung er-

zig S. 26 ff.; Jesch, Bindung S. 58 ff. und Giacometti S. 391).

42) Winkler S. 54 spricht in diesem Zusammenhang mit Recht von einer Tatsachenfeststellung, die im rechtlichen Sinne Gestaltung ist.

43) S. 154 f.; vgl. auch Sulser S. 69

44) vgl. etwa § 11 GrdstVG und § 11 Abs. 3 GWB

gehen. Der damit verbundene Unsicherheitsfaktor würde sich bei jeder Anwendung einer den Erlaß eines solchen feststellenden oder gestaltenden Verwaltungsakts voraussetzenden Norm auswirken und damit im Ergebnis vervielfachen. Diesen Gesichtspunkt hat bereits das ProVG ⁴⁵⁾ in einer Entscheidung aus dem Jahre 1886 für den Fall der Einbürgerung zutreffend hervorgehoben und in diesem Zusammenhang ausgeführt: "Es knüpfen sich an die Erteilung der Staatsangehörigkeit so weittragende Folgen für den rechtlichen Status der Beteiligten, daß für den Erwerb wie für den Verlust die legislatorische Forderung überall hervortrat, durch einen Formalakt den Eintritt des neuen Status zu konstatieren und demgemäß durch das Gesetz eine schriftliche Form, die zum Erlaß kompetente Behörde und den Zeitpunkt des Eintrittes *d e f i n i t i v* ⁴⁶⁾ zu bestimmen."

Statt Rechtsklarheit wäre also Rechtsunsicherheit die Folge, da nunmehr stets noch über den Eintritt oder den Ausfall der mit dem vorausgesetzten Verwaltungsakt verbundenen Bedingung zu entscheiden ist. Das bedeutet zugleich, daß im Regelfalle gegen die gesetzliche Kompetenzverteilung verstoßen würde, denn im allgemeinen sind die Verhaltensrecht beinhaltenden Normen von einer anderen als der Behörde anzuwenden, welcher der Erlaß des dafür vorausgesetzten rechtsfeststellenden oder rechtsgestaltenden Verwaltungsakts obliegt. Nunmehr bestimmen also gar nicht zuständige Behörden, ob eine bestimmte, für den jeweiligen gestaltenden oder feststellenden Verwaltungsakt wesentliche Voraussetzung vorliegt und entscheiden damit praktisch über die Wirksamkeit des

45) Urteil vom 23. Juni 1886 in ProVG 13,408
(417)

46) Hervorhebung im Original

ihnen an sich vorgegebenen Verwaltungsakts. Die darin liegende Überschreitung des eigenen Zuständigkeitsbereichs ist unvermeidlich, weil sich die eigentlich zur Entscheidung befugte Behörde im Ergebnis ihrer Regelungspflicht zum Teil entzogen hat. Das wird besonders deutlich bei den rechtsfeststellenden Verwaltungsakten. Insoweit besteht die Aufgabe der zuständigen Behörde ja gerade in der für alle anderen Behörden verbindlichen Vorwegaufklärung eines Sachverhalts und seiner Subsumtion unter ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal. Hier gibt es nur ein klares Ja oder Nein, eine dritte Möglichkeit scheidet aus. Denn eine Verknüpfung der Entscheidung mit einer Bedingung würde zur Folge haben, daß eine Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts jedenfalls im Rahmen des Bedingungsinhaltes gerade unterbleibt, was der Funktion des Verwaltungsaktes direkt zuwider laufen würde.

Aus dem Gesagten erhellt, daß auch "auflösende" Bedingungen zusammen mit rechtsfeststellenden oder rechtsgestaltenden Verwaltungsakten nicht statthaft sind. Soweit überhaupt Widerrufsgründe ⁴⁷⁾ geltend gemacht werden können, hat über ihr Vorliegen ausschließlich die Behörde zu befinden, die den zu widerrufenden Verwaltungsakt erlassen hat. Das schließt natürlich nicht aus, daß die Wirksamkeit von rechtsfeststellenden und rechtsgestaltenden Verwaltungsakten von Gesetzeswegen beschränkt sein kann. So ist es durchaus denkbar, daß der Gesetzgeber bei Eintritt bestimmter Umstände die mit dem jeweiligen rechtsfeststellenden oder rechtsgestaltenden

47) vgl. dazu näher Hangartner S. 124, 127

Verwaltungsakt verbundene rechtliche Gestaltung hinfällig werden läßt. So verliert etwa der anerkannte ausländische Flüchtling - ohne daß es dazu eines besonderen behördlichen Ausspruches bedürfte - seine Rechtsstellung, wenn er sich beispielsweise freiwillig erneut dem Schutze des Landes, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, unterstellt (Art. 1 lit. C des Genfer Abkommens). Soweit derartige im Gesetz selbst vorgesehene gestaltungsvernichtende Tatbestände von der Behörde als "auflösende" Bedingung dem jeweiligen rechtsfeststellenden oder rechtsgestaltenden Verwaltungsakt hinzugefügt werden, handelt es sich um *condiciones iuris* mit bloßem Hinweisscharakter ohne eigene Regelungsfunktion.

§ 20 Erlaubnisse und Genehmigungen, deren Erteilung an in der Person des Antragstellers liegende Voraussetzungen geknüpft ist (personalbezogene Erlaubnisse und Genehmigungen)

3. Nicht selten ist der Erlaß eines rechtsgestaltenden Verwaltungsaktes gekoppelt mit einem vorangegangenen rechtsfeststellenden Verwaltungsakt. So ist die Ausübung mancher Berufe - und zwar in der Regel solcher, die entweder besonders öffentlichrechtlich geprägt oder ein traditionelles, vom Gesetzgeber geschütztes Berufsbild aufweisen oder für die Allgemeinheit von besonderer Bedeutung sind - erst möglich, wenn vorab gegenüber dem Bewerber durch die Behörden des Staates oder einer anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts eine entsprechende Ernennung, Approbation, Zulassung, Eintragung etc. ausgesprochen und ihm damit ein Status verliehen wird, auf Grund dessen er nunmehr berechtigt ist, der erstrebten, ihm bislang verschlossenen Tätigkeit unter Beach-

tung der darauf bezogenen einschlägigen gesetzlichen Vorschriften nachzugehen. Voraussetzung für den Erlaß solcher statusverleihender Verwaltungsakte ist in aller Regel, daß der darum Nachsuchende zuvor in einer Prüfung gezeigt hat, daß er die Kenntnisse und Fertigkeiten besitzt, die er nach Auffassung des Gesetzgebers haben muß, um ohne Schaden für die Gemeinschaft sich in dem von ihm angestrebten Beruf betätigen zu können. Der Bescheid über das Bestehen oder Nichtbestehen einer solchen Prüfung ist seinerseits ein rechtsfeststellender Verwaltungsakt, der aus den im Vorstehenden näher dargelegten Gründen selbstverständlich auch bedingungsfeindlich ist, Soll doch durch ihn verbindlich klargestellt werden, daß der Kandidat das Wissen und Können beherrscht, welches ihm erst - soweit die im Gesetz sonst noch aufgestellten Erfordernisse im Übrigen vorliegen - die Zulassung zu dem in Aussicht genommenen Beruf eröffnet. Obwohl über diese Frage an sich auch im Rahmen des Zulassungs-, Ernennungs- oder eines ähnlichen Verfahrens mitentschieden werden könnte, hat die verfahrensmäßige Trennung ihren guten Sinn. Durch die Verselbständigung des Prüfungsvorganges gewinnt auf der einen Seite der Prüfling eine bessere Rechtsposition, ist doch jetzt ein für allemal über das Vorliegen der in der Regel wesentlichsten Voraussetzung für die Berufszulassung vorab entschieden worden, ohne daß diese zugleich auch schon beantragt werden müßte. Eine verfahrensmäßige Vereinfachung liegt ferner darin, daß dieselben Fähigkeiten und Kenntnisse Voraussetzung für den Zugang zu verschiedenen Berufen sein können, so daß bei einem Überwechseln vom einen zum anderen Beruf das Gegebenensein dieser Voraussetzungen nicht erneut nachgeprüft zu werden braucht. Schließlich wird auf diese

Weise die Prüfung zu einem wirklichen Abschluß des ihr vorangegangenen, oft ebenfalls eingehend rechtlich geordneten Ausbildungsverfahrens, wodurch gewährleistet ist, daß Ausbildung und Prüfung aufeinander abgestimmt sind.

Allerdings hat der Gesetzgeber auch immer die Möglichkeit zu bestimmen, daß in besonderen Fällen gänzlich oder wenigstens **vorübergehend von dem Erfordernis einer förmlichen Prüfung abzusehen ist, wenn dies aus irgendwelchen Gründen ihm zweckmäßig oder geboten erscheint.** Soweit dabei bestimmte Personen nicht schon generell, also von Gesetzeswegen, ausgenommen werden, obliegt die Entscheidung nach den vom Gesetzgeber aufgestellten Voraussetzungen der Verwaltung. So muß beispielsweise jeder, der ein Handwerk als stehendes Gewerbe betreiben will, in die Handwerksrolle eingetragen sein. Diese Eintragung erfolgt von Amts wegen, sobald der Betreffende in dem von ihm zu betreibenden Handwerk oder in einem diesem verwandten Handwerk die Meisterprüfung bestanden hat (§ 7 Abs. 1 HandwO). Eine Eintragung in die Handwerksrolle ist jedoch auch auf Grund einer Ausnahmegewilligung gem. § 8 Abs. 1 HandwO möglich (§ 7 Abs. 3 HandwO). Diese ist zu erteilen, wenn der Antragsteller die zur selbständigen Ausübung des von ihm zu betreibenden Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachweist und die Ablegung der Meisterprüfung für ihn eine unzumutbare Belastung bedeuten würde. Sinn der Ausnahmegewilligung ist es also nicht,

unqualifizierten Antragstellern den Zugang zum Beruf zu eröffnen, sondern grundsätzlich geeigneten Bewerbern - zumindest für eine bestimmte Zeit - die Notwendigkeit zu ersparen, sich einem schulmäßigen Prüfungsverfahren zu unterziehen ⁴⁸⁾. Die Ausnahmegewilligung kann dabei gem. § 8 Abs. 2 HandwO unter Auflagen oder Bedingungen oder befristet erteilt und auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten beschränkt werden. Im letzteren Falle genügt der Nachweis der hierfür erforderlichen Kenntnisse.

Bedeutet dies, daß die rechtstechnische Ausformung als selbständige Prüfungsentscheidung für die Frage nach der Bedingungsfeindlichkeit entscheidend ist, obwohl doch jeweils - sowohl bei der Meisterprüfung als auch bei der Erteilung einer Ausnahmegewilligung - über die Befähigung des Bewerbers zu befinden ist? Eine solche nicht auf den Inhalt, sondern auf die Form abstellende Unterscheidung wäre in der Tat nicht recht verständlich. Betrachtet man die Rechtsprechung zu § 8 Abs. 2 HandwO, so fällt denn auch auf, daß dort die Möglichkeit, eine Ausnahmegewilligung unter Nebenbestimmungen zu erteilen, ganz erheblich eingeschränkt wird. So betont das Bundesverwaltungsgericht ⁴⁹⁾ etwa, eine der Ausnahmegewilligung beigelegte "Auflage" ⁵⁰⁾ - und gleiches muß für eine auflösende Be-

48) BVerwG, Urteil vom 26. Januar 1962 in GewArch 1962, 95 (97) = BVerwGE 13, 317 (318 f.); Urteil vom 5. Mai 1959 in BVerwGE 8, 287 (290)

49) Urteil vom 9. Oktober 1959 in BVerwGE 9, 207 (209) - Unzulässig ist auch eine Beschränkung der Ausnahmegewilligung "auf die in dem zur Erörterung stehenden Betrieb voraussichtlich anfallenden Arbeiten", BVerwG, Urteil vom 8.

dingung gelten ⁵¹⁾ -, sich der Ausführung bestimmter, besonders schwieriger Arbeiten zu enthalten, sei nicht zulässig, da eine derartige Auflage auch bei entsprechendem Vermerk in der Handwerksrolle keine Gewähr dafür biete, daß der Handwerker die ihm auferlegte Beschränkung auch tatsächlich einhalte und nicht zum Schaden der Allgemeinheit Arbeiten übernehme, zu deren einwandfreier Ausführung seine Befähigung nicht ausreiche. Aus denselben Gründen hält das OVG Münster ⁵²⁾ eine "Bedingung" des Inhalts, keinen Gesellen zu beschäftigen, für rechtswidrig. Selbst die in der Praxis übliche Nebenbestimmung, innerhalb bestimmter Frist die Meisterprüfung nachzuholen, wird nicht unbestritten für zulässig erachtet ⁵³⁾, ganz abgesehen davon, daß ihre Qualifikation als Bedingung, Befristung oder Auflage durchaus nicht einheitlich beurteilt wird ⁵⁴⁾. Es zeigt sich

Juni 1962 in DVBl 1962,908 = GewArch 1962,248 (249)

- 50) In Wahrheit handelt es sich um eine Beschränkung.
- 51) die freilich nur im Zusammenhang mit der genannten "Auflage" bzw. Beschränkung Sinn hat und die Ausnahmegewilligung für den Fall hinfällig werden lassen soll, daß der Beschränkung zuwider gehandelt wird.
- 52) Urteil vom 9. September 1964 in GewArch 1965,172
- 53) vgl. etwa Büchs in BayVBl 1962,240 ff.
- 54) für "auflösende" Bedingung: Eyermann-Fröhler, HandWO § 8 Rdn. 29; VG Braunschweig, Urteil vom 19. Dezember 1963 in GewArch 1964,252 - für Auflage: Hartmann-Philipp § 8 Anm. 4; VG Saarland, Urteil vom 9. Dezember 1966 in GewArch 1967,171 - für Befristung: HessVG, Urteil vom 18. März 1964 in GewArch 1965,59 und BVerwG, Urteil vom 9. Februar 1962 in GewArch 1962,175 (Befristung mit Auflage)

also deutlich die Tendenz, mangelnde Kenntnisse und Fähigkeiten des um eine Ausnahmewilligung nachsuchenden Bewerbers nicht durch die Statuierung entsprechender Bedingungen, Auflagen und Beschränkungen zu kompensieren.

Diese Neigung hat, wie nunmehr auszuführen sein wird, einen in der Natur der Sache liegenden Grund, der gleichmäßig für alle personalbezogenen Erlaubnisse und Genehmigungen gilt. Derartige Erlaubnisse oder Genehmigungen sind vor allem bei gefährlichen oder im Hinblick auf die Allgemeinheit eine besondere Verantwortung voraussetzenden Berufen und Tätigkeiten erforderlich. Zwar bedarf es für die Ausübung vieler Berufe keiner dafür besonders nachzuweisenden Kenntnisse. Der Gesetzgeber geht davon aus, daß jeder, der sich als Gewerbetreibender, freiberuflich Schaffender oder abhängiger Arbeitnehmer betätigen will, das dafür notwendige Wissen und Können mitbringen wird, da er anderenfalls durch die Konkurrenz seiner ihn übertreffenden Mitbewerber aus dem Felde geschlagen würde. Andererseits können in manchen Fällen bei unkontrollierter beruflicher Tätigkeit in verschiedener Hinsicht auch Nachteile für das Gemeinwohl entstehen, insbesondere dann, wenn eine nachlässige Berufsausübung ein großes Risiko für die Allgemeinheit bedeuten würde. Derartigen Gefahren pflegt der Gesetzgeber dadurch vorzubeugen, daß er die Ausübung des betreffenden Berufs von einer vorherigen Erlaubnis abhängig macht, die ihrerseits nur erteilt werden darf, wenn der Bewerber in seiner Person bestimmte Voraussetzungen erfüllt, die seine Eignung unter öffentlichen Gesichtspunkten nicht infra-

ge stellen. So ist beispielsweise einem Antragsteller, der dem Reisegewerbe gem. § 55 GewO nachgehen will, die dafür notwendige Reisegewerbekarte gem. § 57 GewO zu versagen, wenn Tatsachen vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, daß er die für die Ausübung des Reisegewerbes erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Die in der Vorschrift noch weiterhin aufgezählten Versagungsgründe - wie die Entmündigung des Antragstellers oder seine Verurteilung innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren vor der Antragstellung wegen eines Verbrechens oder bestimmter Vergehen zu einer Gefängnisstrafe von mindestens drei Monaten - sind nur gesetzlich besonders hervorgehobene Fälle der mangelnden Zuverlässigkeit des Bewerbers ⁵⁵⁾. Gleichgültig ob nun die persönlichen Erlaubnisvoraussetzungen positiv (Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn) oder - wie im gewählten Beispielfall - negativ (Die Erlaubnis darf nicht erteilt werden, wenn) formuliert sind, Sinn und Zweck des Erlaubnisverfahrens ist es in jedem Falle, ungeeignete Bewerber vom jeweiligen Berufe fernzuhalten, um die Allgemeinheit vor - anderenfalls zu befürchtenden - schädlichen Folgen zu schützen. Die Erteilung der Erlaubnis stellt also der Sache nach eine Art Unbedenklichkeitsbescheinigung des Inhalts dar, daß der Erlaubnisinhaber die nach dem Gesetz erforderlichen persönlichen Voraussetzungen für die Ausübung der von ihm angestrebten Tätigkeit mitbringt.

Ein derartiger Verwaltungsakt ist seiner Funktion nach bedingungsfeindlich, kann doch sinn-

55) vgl. Hoffmann in Bäck-Hoffmann-Janssen-Volmer §57 GewO Anm. II

vollerweise die der Behörde obliegende Beurteilung der Person des Antragstellers nur auf Grund des im Zeitpunkt ihrer Entscheidung vorliegenden Sachverhalts getroffen werden. Werden dabei Tatsachen festgestellt, die die Annahme der Unzuverlässigkeit des Antragstellers rechtfertigen, so wird zwar bei einer unter einer Bedingung ergehenden Erlaubnis zunächst auch die nach dem Gesetz gebotene Versagung ausgesprochen, zugleich jedoch die Erlaubnis für den Fall des Eintritts der Bedingung, d. h. unter der Voraussetzung, daß der in der Bedingung angegebene Umstand sich verwirklicht, erteilt. Dieser Umstand muß daher so beschaffen sein, daß er den aus den bislang vorliegenden Tatsachen folgenden Schluß auf die mangelnde Verantwortung des Adressaten entkräftet und wird aus diesem Grund nur auf das weitere Tun und Lassen des Antragstellers bezogen sein können. Damit macht jedoch die Behörde die ihr nach dem Gesetz obliegende Beurteilung des vom Antragsteller mutmaßlich beobachteten künftigen Verhaltens ihrerseits eben von diesem künftigen Verhalten abhängig und entzieht sich damit gleichzeitig der ansonsten bei wiederholter Antragstellung nach Eintritt bestimmter neuer, nun im Bedingungsinhalt umschriebener Tatsachen auf sie zukommenden Pflicht, den Sachverhalt wiederum umfassend zu prüfen. Abgesehen von diesen Bedenken müssen sich die bei einer Beurteilung persönlicher Eigenschaften und Voraussetzungen naturgemäß oft stark im Vordergrund stehenden Imponderabilien bei bedingter Erlaubniserteilung als ein kaum mehr tragbarer Unsicherheitsfaktor auswirken. Damit aber erfüllt die Behörde eine wesentliche, ihr vom Gesetzgeber auferlegte Aufgabe nicht

in der gebotenen Weise. Soll sie doch die Persönlichkeit des Antragstellers unter den nach dem Gesetz wesentlichen Gesichtspunkten so umfassend beurteilen, daß dadurch sichergestellt wird, daß ein eine bestimmte persönliche Qualifikation nicht aufweisender Bewerber von der Ausübung des jeweiligen Berufs auf jeden Fall ausgeschlossen bleibt.

Dieses Ziel wird durch den Erlaß einer bedingt erteilten Erlaubnis nicht erreicht. Denn hier besteht wegen der "offenen" Gestaltung des Tatbestandes, die sich vorwiegend in der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe manifestiert und die Berücksichtigung einer Vielzahl von Tatsachen und Ereignissen zuläßt, keine Gewähr dafür, daß sich die bei der Erteilung der bedingten Erlaubnis vorliegenden Umstände nicht schon bei Eintritt der Bedingung in einer Weise geändert haben, daß nunmehr aus anderen, von der Behörde freilich nicht vorhergesehenen Gründen die Erlaubnis versagt werden müßte. Eine einigermaßen sichere Prognose kann daher nur auf Grund der bereits vorliegenden Fakten gegeben werden; die Berücksichtigung noch in der Zukunft liegender Umstände würde wegen des möglichen schnellen Wechsels in Bezug auf die zu beachtenden Tatsachen und der an sich schon bestehenden Schwierigkeit, diese einheitlich zu bewerten, dem Sinn und Zweck der Erlaubnis schlechterdings zuwider laufen.

Verwaltungsakte, die in Vollzug von Normen ergehen, deren Tatbestände auf persönliche Verhältnisse und Eigenschaften abstellen, sind daher insoweit wegen der strukturellen Beschaffenheit dieser Rechtssätze bedingungsfeindlich. Im Rahmen der Anwendung derartiger Bestimmungen kommt der Feststellung des Sachverhalts eine so entscheidende Bedeutung zu, daß ein nur hypo-

thetisch geltender, weil auf einen noch nicht gegenwärtigen persönlichen Umstand bezogener, Verwaltungsakt damit unvereinbar ist.

Freilich ist dabei stets auch ein Blick auf die Motive zu werfen, die den Gesetzgeber zur Einführung der jeweiligen Erlaubnis- oder Genehmigungspflicht bewogen haben. Stehen hinter einer derartigen Regelung nicht so sehr Gesichtspunkte der Gefahrenabwehr, sondern vielmehr sozialpolitische oder ähnliche Vorstellungen, so kann durchaus im Einzelfall die Erteilung einer bedingten Erlaubnis oder Genehmigung zulässig sein, wenn dadurch den Zielen, die mit der Erlaubnispflicht verfolgt werden, entsprochen werden kann.

Die Bedingungsfeindlichkeit personalbezogener Erlaubnisse und Genehmigungen schließt nicht aus, daß sie unter Umständen beschränkt erteilt werden können, also nach der persönlichen, sachlichen oder örtlichen Seite hinter dem Begehren des Antragstellers bzw. hinter dem Normalinhalt eines derartigen Verwaltungsaktes zurückbleiben. Voraussetzung ist allerdings, daß dadurch nicht dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwider gehandelt wird. Das ist im allgemeinen dann der Fall, wenn die Beschränkung nicht exakt faßbar ist, also etwa nur mittels eines unbestimmten Rechtsbegriffs umschrieben werden kann, wenn ihre Einhaltung praktisch nicht kontrollierbar ist oder wenn wegen der Art der tatbestandlichen Voraussetzungen eine beschränkte Erlaubnis nicht ergehen kann.

So bestimmt etwa § 12 Abs. 2 StVZO, daß dann, wenn ein Antragsteller zum Führen von Kraftfahrzeugen "bedingt" geeignet ist, die Verwaltungsbehörde die Fahrerlaubnis unter den erforderlichen Auflagen erteilen kann; der Betroffene muß diesen Auflagen nachkommen. Die Verwaltungsbehörde kann insbesondere die Erlaubnis für eine bestimmte Fahrzeugart oder ein bestimmtes Fahrzeug mit besonderen, im Führerschein genau zu bezeichnenden Einrichtungen beschränken und die Nachuntersuchung des Inhabers der Fahrerlaubnis nach bestimmten Fristen anordnen. An der zitierten Vorschrift fällt zunächst auf, daß die Begriffe Auflage, Bedingung und Beschränkung offenbar synonym gebraucht werden. Dieser Mangel an terminologischer Klarheit findet sich bedauerlicherweise auch in der Rechtsprechung und im Schrifttum, soweit sie sich mit der genannten Bestimmung befassen ⁵⁶⁾. Nach dem Text der Vorschrift wird der Behörde lediglich die Befugnis erteilt, die Fahrerlaubnis ihrem Inhalte nach an die bestehende Eignung des Bewerbers anzupassen, d. h. gegenüber ihrem Normalinhalt auf einen engeren Bereich zu beschränken. In diesem Zusammenhang von Bedingung und Auflage zu sprechen, ist unrichtig.

Ist beispielsweise jemand auf Grund seiner körperlichen Konstitution nicht mehr geeignet, ein Fahrzeug über längere Zeit hin sicher zu führen, bestehen aber keine Bedenken an seiner Eignung zu kleineren Fahrten in der Umgebung seines Wohnortes, so kann die Verwaltungsbehörde in den Führerschein einen Vermerk des

56) vgl. etwa die Ausführungen bei Floegel-Hartung § 12 StVZO Rdz. 5 - 7; OVG Lüneburg, Urteil vom 10. Januar 1957 in VRS 13,157 ff. sowie VG Regensburg, Urteil vom 31. Januar 1958 in NJW 1958,685

Inhaltes aufnehmen, daß die Fahrerlaubnis nur für einen bestimmten, im einzelnen näher bezeichneten Verkehrsbereich gelte. Würde man in diesem Zusatz eine Auflage erblicken, so käme man zu dem ungereimten Ergebnis, daß dem Antragsteller eine uneingeschränkte Erlaubnis erteilt worden wäre verbunden mit dem Gebot, diese - abgesehen von einem bestimmten örtlichen Bereich - nicht auszunutzen. Mutatis mutandis gilt dasselbe bei der Annahme einer Bedingung, die im übrigen allenfalls "auflösender" Art sein könnte und darauf hinzielen würde, die Erlaubnis sofort erlöschen zu lassen, falls der Antragsteller sie voll ausnutzen sollte. Die Beifügung einer solchen "auflösenden" Bedingung scheidet insbesondere auch deshalb aus, weil sie Anlaß zu einer schweren Verunklarung der Rechtslage geben würde. Hält beispielsweise der Antragsteller die ihm auferlegte Beschränkung nicht ein, so wäre die Fahrerlaubnis erloschen, obwohl er weiterhin im Besitze des Führerscheins, also des die Erlaubniserteilung beurkundenden amtlichen Papierses bleibt und keine Gewähr dafür besteht, daß ihm dieses entzogen wird, solange der Behörde der Verstoß verborgen bleibt. Eine solche Rechtsunsicherheit würde jedoch dem Sinn und Zweck des vom Gesetzgeber angeordneten Führerscheinzwanges absolut zuwider laufen.

Eine Erlaubnisbeschränkung hinsichtlich des örtlichen Geltungsbereiches liegt auch vor, wenn etwa einem Ausländer die Aufenthaltsgenehmigung nur für einen bestimmten Landkreis erteilt wird. Dagegen ist eine Einschränkung nach der sachlichen Seite hin gegeben, wenn einem Linienverkehrsunternehmer im Rahmen des von ihm beantragten Linienverkehrs ein Bedienungsverbot für bestimmte Haltestellen gem. § 16 Abs. 1 PBefG auferlegt wird oder einem Kraftfahrer die Fahrerlaubnis auf

eine bestimmte Fahrzeugart (z.B. nur Fahrzeuge mit Frontlenkung) oder auf Fahrzeuge mit bestimmten Einrichtungen (z.B. nur mit automatischer Kupplung) beschränkt wird. Als Beispiel einer Einschränkung nach der persönlichen Seite hin mag der Fall dienen, daß einem Kraftfahrer beim Fahren das Tragen einer Brille oder eines Hörgeräts vorgeschrieben wird.

Die Erteilung einer beschränkten Erlaubnis oder Genehmigung scheidet aus, wenn und soweit vom Gesetzgeber eine bestimmte charakterliche Qualifikation zur tatbestandsmäßigen Voraussetzung erhoben wird. In diesem Rahmen ist eine "Aufspaltung" der Eignung in bestimmte Teilkomplexe oder Teilbereiche der Sache nach nicht möglich ⁵⁷⁾.

Genehmigungen sind dagegen in der Regel bedingungsfreundlich, wenn und soweit sie realbezogen ergehen und zwar unabhängig davon, ob sie - wie beispielsweise die Bauerlaubnis - nur einen öffentlichrechtlichen Besitzstand ⁵⁸⁾ oder wie die Bewilligung nach § 8 WHG ein volles subjektives öffentliches Recht begründen.

Die Gründe dafür können hier nur angedeutet werden. So liegt der Zweck derartiger Verwaltungsakte u. a. darin begründet, der Verwaltung die Möglichkeit zu geben, bestimmte geplante Veränderungen der Umwelt vor ihrer Durchführung zunächst auf ihre Vereinbarkeit mit den in den jeweils einschlägigen Gesetzen näher konkretisierten öffentlichen Interessen zu überprüfen. Gegenstand der Prüfung ist al-

57) vgl. Floegel-Hartung, § 4 StVG Rdn. 12 und § 12 StVZO Rdn. 5 sowie BVerwG, Urteil vom 12. Januar 1962 in DÖV 1962, 265 = NJW 1962, 977 = BVerwGE 13, 288

58) vgl. Wolff, VerwR I § 43 III e

so ein zunächst nur vorgestellter Sachverhalt in der Form eines bestimmten beabsichtigten Vorhabens. Dieser "Planspielcharakter" kommt der Struktur des bedingten Verwaltungsaktes als der rechtlichen Bewertung eines noch nicht vollständig gegenwärtigen Sachverhalts weitgehend entgegen. Zudem ist der zu beurteilende Sachverhalt schon scharf konturiert, seine zeichnerische und mathematische Darstellbarkeit vermeidet die Gefahren, die in diesem Zusammenhang der begrifflichen Abstraktion innewohnen. Hinzu kommt, daß die Möglichkeit einer Änderung von für die rechtliche Beurteilung wesentlichen Gesichtspunkten noch vor Eintritt des in der Bedingung umschriebenen Ereignisses im allgemeinen wegen der Konstanz der Verhältnisse nicht sehr groß ist. Bei Bedingungen, deren Erfüllung in den Willen des Antragstellers gestellt ist, wäre zudem zu erwägen, ob insoweit nicht auch die bestehenden Vorschriften über das Erlöschen von erteilten Erlaubnissen und Genehmigungen bei Nichtgebrauchmachen innerhalb bestimmter Frist ⁵⁹⁾ entsprechend anzuwenden wären.

Im übrigen ist selbstverständlich in jedem Einzelfall zu prüfen, ob der zu beurteilende Sachverhalt so gelagert ist, daß anstelle einer bloßen Versagung eine bedingte Erteilung erfolgen kann. Ist dies möglich, hat der Adressat, wenn eine gebundene Erlaubnis in Rede steht, einen Rechtsanspruch auf den Erlass eines solchen bedingten Verwaltungsaktes. Der Gesetzgeber will ja - jedenfalls soweit es sich um präventive Erlaubnisse handelt - die genehmigungspflichtigen Vorhaben nicht unterdrücken, sondern

59) vgl. etwa § 24 Abs. 1 lit. d nWOBG; § 42 Abs. 1 lit. c prPVG; § 91 Abs. 1 BauO NW; § 12 Abs. 2 Ziff. 2 WHG

bloß möglichen schädlichen Auswirkungen entgegenarbeiten. Die Erteilung einer bedingten Erlaubnis ist zudem verwaltungsökonomischer, weil dadurch eine mehrfache Befassung der Behörde mit einem im wesentlichen gleichen Sachverhalt vermieden wird. Voraussetzung für den Erlaß eines bedingten Verwaltungsaktes der in Rede stehenden Art ist jedoch stets, daß nach den Umständen des jeweils zu beurteilenden Einzelfalles mit dem Eintritt des in der Bedingung umschriebenen Ereignisses in absehbarer Zeit gerechnet werden kann.

Soweit eine Erlaubnis personal- und realbezogen zugleich ist, kann sie unter einer Bedingung erteilt werden, die sich allerdings nur auf die nach dem Tatbestand der anzuwendenden Gesetzesnorm erforderlichen sachlichen Voraussetzungen beziehen darf. Als Beispiel sei die Gaststättenerlaubnis gem. § 1 GastG erwähnt, die stets auf bestimmte Räume (§ 3 Abs. 1 GastG) bezogen sein muß und nur erteilt werden darf, wenn der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit besitzt (§ 2 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 GastG). Hier wäre gegen die Erteilung einer Schank-erlaubnis unter der Bedingung, daß die Toilettenanlagen der Gastwirtschaftsräume vor Aufnahme des Betriebes in bestimmter Weise zu verändern seien, nichts zu erinnern.

§ 21 Begünstigende Verwaltungsakte als Vollzugsakte in Anwendung von Rechtssätzen mit spezifischer Reaktionsfunktion

4. Bedingungsfeindlich sind schließlich auch solche begünstigenden Verwaltungsakte, die in Vollzug einer Norm ergehen, welche im Hinblick auf den mit ihr verknüpften Tatbestand eine spezifische Reaktionsfunktion besitzt. Dies wurde bereits schon kurz angedeutet (S. 140) und soll im fol-

genden noch etwas näher ausgeführt werden.
Um Mißverständnissen vorzubeugen, sei jedoch vorab eine kurze Bemerkung zur Terminologie gestattet. Der hier gewählte Begriff der reagierenden Norm zielt in keiner Weise ab auf die in der neueren Staatsrechtslehre aufgeworfene Problematik einer Unterscheidung zwischen dem klassischen Gesetz einerseits - dem sogenannten Rechtsgesetz - und dem Maßnahmegesetz andererseits ⁶⁰⁾. Zwar wird von einem maßgeblichen Verfechter dieser Differenzierung die Maßnahme als ein Rechtsakt bestimmt, der auf eine gegebene Sachlage zweckbestimmt reagiert ⁶¹⁾, womit ersichtlich die Zweckabhängigkeit von bestimmten konkreten Umständen gemeint ist. An diese - auf ihre Richtigkeit hier nicht weiter zu untersuchende - Aussage soll mit dem hier verwendeten Begriff von der Reaktionsfunktion einer Norm nicht angeknüpft werden. Gemeint ist vielmehr ein spezifisches Verhältnis von Tatbestand und damit verbundener rechtlicher Regelung innerhalb des jeweiligen Rechtssatzes.

Wenn der Gesetzgeber es unternimmt, bestimmte Lebensbereiche zu normieren, so beabsichtigt er damit, diese in der in den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen niedergelegten Weise und vermöge der dort vorgesehenen Mittel nach seinen Ordnungsvorstellungen umzugestalten. Es gibt jedoch nun durchaus Fälle, in denen es aus irgendwelchen Gründen nicht Sinn der gesetzlichen Regelung ist, den Eintritt bestimmter, durchaus unerwünschter Sachverhalte zu vermeiden, indem etwa die

60) vgl. dazu erstmals Forsthoff, Maßnahmegesetze S. 221 ff. und neuerdings K. Huber S. 9 ff. mit weiteren Nachweisen zum Stand des Problems

61) Menger in VVDStRL 15, 3 (7) und Leitsatz I 3 auf S. 33

Norm ihrem Inhalte nach darauf abzielt, der Ursache, die diesen Sachverhalten zugrunde liegt, entgegenzuwirken. Vielmehr soll lediglich die Besitigung derartiger, einmal eingetretener Sachverhalte oder die Abmilderung ihrer Folgen und ihrer Konsequenzen angestrebt werden - sei es, weil die Ursache selbst einer gesetzlichen Einwirkung überhaupt nicht zugänglich ist, sei es, weil dafür bereits andere gesetzliche Vorschriften bestehen.

Für eine gesetzliche Regelung, die auf die Beseitigung unerwünschter Sachverhalte zielt, während für die Prophylaxe in erster Linie andere Rechtssätze maßgebend sind, seien hier die Bestimmungen des BSHG angeführt. So wird etwa demjenigen, der seinen notwendigen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln beschaffen kann, Hilfe zum Lebensunterhalt gewährt⁶²⁾. Sozialhilfe ist außerdem gem. § 2 BSHG nachrangig, d. h., sie greift nur ein, wo andere gesetzliche Bestimmungen, nach denen dem Betroffenen Leistungen zu gewähren sind, nicht bestehen. Die Sozialhilfe beginnt, sobald ihrem Träger oder den von ihm beauftragten Stellen bekannt wird, daß die Voraussetzungen für die Gewährung vorliegen (§ 5 BSHG). Hier kommt die Reaktionsfunktion der Bestimmungen über die Sozialhilfe mit kaum überbietbarer Deutlichkeit zum Ausdruck. Das BSHG hat nicht den Sinn, durch vorbeugende Maßnahmen einer nur möglichen, d. h.

62) vgl. §§ 11 Abs. 1, 1 Abs. 1 BSHG

sich noch nicht konkret abzeichnenden Hilfslosigkeit von vornherein entgegenzuwirken. Dieses Ziel wird von einer Fülle anderer sozialpolitischer Gesetze verfolgt. Sein Zweck besteht allein in der Aufgabe, eine bereits eingetretene oder - wie man im Hinblick auf § 6 Abs. 1 BSHG hinzufügen muß - drohende Notlage wieder zu beseitigen und zwar nach Möglichkeit auf eine Weise, die den Sozialhilfeempfänger befähigt, in Zukunft unabhängig von der Sozialhilfe zu leben (vgl. § 1 Abs. 2 BSHG). Das bedeutet aber, daß Sozialhilfe nicht unter einer Bedingung gewährt werden kann. Ist etwa eine Notlage noch nicht gegeben, droht sie aber einzutreten, so hat die Behörde zu prüfen, ob sie vorbeugende Hilfe gem. § 6 Abs. 1 BSHG gewähren muß. Bejaht sie dies, so hat sie eine entsprechende Regelung zu treffen, darf also nicht etwa nur Hilfe unter einer Bedingung, d. h. für den Fall bereithalten, daß die Notlage sich tatsächlich verwirklicht. Glaubt dagegen die Behörde, daß aus irgendwelchen Gründen eine vorbeugende Hilfe nicht infrage kommt, so hat sie von einer Hilfeleistung überhaupt abzusehen, weil dann eben zur Zeit die Voraussetzungen für ein Tätigwerden noch nicht vorliegen (§ 5 BSHG).

Der Gesetzgeber hat also - analog der in der tatbestandlichen Normierung enthaltenen "Eingriffsgrenze" bei belastenden Verwaltungsakten ⁶³⁾ - nach dem Sinn und Zweck der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen zum Teil auch den Erlass begünstigender Verwaltungsakte davon abhängig gemacht, daß die dafür erforderlichen tatbestandsmäßigen Voraussetzungen schon vorliegen. Der rechtsanwendenden Behörde ist es dann verschlossen, diese Reaktionsfunktion des Gesetzes durch den Erlass bedingter

63) vgl. oben S. 122

Verwaltungsakte zu überspielen.

Lebenslauf

Ich, Everhardt Georg Franßen, wurde am 1. Oktober 1937 in Essen (Ruhr) als Sohn des Physikers Dr. Hermann Franßen und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Eifert geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Meine Schulzeit schloß ich im März 1956 mit dem Reifezeugnis des Landfermann - Gymnasiums in Duisburg ab. Anschließend studierte ich an der Universität Mainz zwei Semester, an der Freien Universität Berlin ein Semester und an der Universität Münster vier Semester Rechtswissenschaften. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 19. März 1960 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm. Nach Absolvierung des juristischen Vorbereitungsdienstes legte ich am 15. Juli 1964 das zweite juristische Staatsexamen vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf ab.

